Antonio Fernández-Galiano
Benito de Castro Cid

Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural

EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.

LECCIONES DE TEORIA DEL DERECHO
Y
DERECHO NATURAL

Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid
Catedráticos de Filosofía del Derecho

LECCIONES DE TEORIA DEL DERECHO Y DERECHO NATURAL

Segunda edición

EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.

© EDITORIAL UNIVERSITAS, S. A.
Núñez de Balboa, 118 - 28006 Madrid

ISBN: 84-7991-025-9
Depósito legal: M. 27.747/1995

Compuesto e impreso en Fernández Ciudad, S. L.
Catalina Suárez, 19 - 28007 Madrid

Impreso en España / *Printed in Spain*

Pág.

Presentación 17

PRIMERA PARTE

TEORIA DEL DERECHO

LECCION I. *Problemas básicos del estudio del Derecho* 21

I. La peculiaridad del Derecho como ciencia y como objeto de conocimiento 21

1. La polisemia del término «Derecho» 22
2. El lenguaje jurídico 23
3. Las dimensiones del fenómeno jurídico 26

II. Las diversificaciones del saber o conocimiento jurídico 30

1. Manifestaciones históricas 30
2. Panorama actual 33
3. Posición que ocupa la Teoría del Derecho 34

LECCION II. *El Derecho en la organización social* 37

I. La dimensión social de la vida humana 37

II. Control social y normas 40

1. El control social 40
2. Las normas 42

III. La vinculación entre la vida social y el Derecho 44

LECCION III. *Derecho, Religión y Economía* 47

I. Evolución histórica de las relaciones entre Derecho y Religión 47

1. La fase de la fusión o indistinción 48
2. La fase de la separación teórica 49
3. La fase de la independencia efectiva 50
4. El panorama actual 51

Pág.

II. Relaciones entre Derecho y Economía 52
1. El estado de la cuestión 53
2. Visión del Derecho como función de las relaciones económicas 54
3. Visión del Derecho como forma de las relaciones económicas 57
4. La visión del Derecho y la Economía como agentes sociales interdependientes 59

LECCION IV. *Derecho, Poder y Estado* 63

I. Los intentos de reducción del Derecho a poder o fuerza 63
1. Las diversas manifestaciones del poder social 63
2. Las relaciones del Derecho con el poder 65
II. La transformación del poder en Derecho y del Derecho en poder 68
1. La correlación Derecho-Poder 68
2. Complementariedad del Derecho y el poder político 69
III. Relaciones históricas entre el Derecho y el Estado 71
1. La realidad del Estado 72
2. Las relaciones entre el Derecho y el Estado 73
IV. Actual dependencia del Derecho respecto del Estado 76
1. Coordinación entre Derecho y Estado: el Estado de Derecho 76
2. La creación del Derecho por el Estado 77

LECCION V. *Moral y Derecho* 81

I. Relaciones históricas y sistemáticas entre Derecho y Moral 81
1. Planteamiento y breve referencia histórica 81
2. Relaciones sistemáticas entre Derecho y Moral 83
II. Referencia a los principales criterios utilizados para distinguir el Derecho de la Moral 86
1. El distinto carácter de las conductas reguladas 86
2. La diversa estructura lógica de las respectivas normas 87
3. El modo de imponerse al sujeto (autonomía y heteronomía) 88
4. Distinta relación con la coacción 89
5. La distinta finalidad o función social que desempeñan 90
III. Problemas que plantea en la actualidad la relación entre Derecho y Moral ... 93

Pág.

LECCION VI. *Derecho y Usos Sociales* 95

I. La significación normativa de los Usos Sociales y su relación con el Derecho 95

1. La significación normativa de los Usos Sociales 95

2. Las relaciones entre el Derecho y los Usos 97

II. Referencia a los principales criterios de distinción entre Derecho y Usos Sociales 99

1. La materia o sector de la conducta que regulan 100

2. La estructura lógica de las normas 101

3. El modo de imponerse al sujeto 102

4. La relación con la coacción 102

LECCION VII. *Caracteres esenciales del Derecho* 105

I. Normatividad, validez y seguridad 105

1. Normatividad 105

2. Validez 107

3. Seguridad 110

II. Vinculatoriedad y coercibilidad 112

1. Vinculatoriedad 112

2. La coercibilidad 119

III. La legalidad 123

LECCION VIII. *Génesis del ordenamiento jurídico* 125

I. Los grandes momentos de la vida del Derecho: creación, aplicación y desaparición de las normas jurídicas 125

1. Las fases de la existencia del Derecho 125

2. La relación entre «creación» y «aplicación» del Derecho 126

II. Sujetos creadores de Derecho y formas de manifestación de la normatividad jurídica 128

1. Las «fuentes materiales» del Derecho 128

2. Las «fuentes formales» del Derecho 131

III. La unidad lógica del ordenamiento jurídico 134

1. El Derecho como pluralidad de normas diversas 135

2. La idea de ordenamiento jurídico 136

Pág.

LECCION IX. *Plenitud y coherencia del ordenamiento* 141

I. El problema de las lagunas 141
1. El principio de la plenitud y su problemática 141
2. Las lagunas jurídicas 145
3. La superación de las lagunas jurídicas 147
II. El problema de las contradicciones entre normas 150
1. La idea de sistema en el Derecho 150
2. La posibilidad de contradicciones entre disposiciones jurídicas 152
3. Criterios de solución de las contradicciones 154

LECCION X. *La «aplicación» del Derecho y los problemas de interpretación* 159

I. Cumplimiento y aplicación jurisdiccional del Derecho 159
1. La aplicación del Derecho 159
2. La importancia de la actividad judicial 161
II. Significación y alcance de la actividad interpretativa 164
III. Principales teorías acerca de la interpretación de las disposiciones jurídicas 167
IV. Las reglas de la interpretación 170
1. Principales reglas o métodos de interpretación 171
2. Valoración global 173

LECCION XI. *El contenido de la regulación jurídica* 175

I. El ámbito de la conducta humana social 175
II. Hechos y actos jurídicos 176
1. Los hechos jurídicos 177
2. Los actos jurídicos 178
III. La relación jurídica y la situación jurídica 180
1. La relación jurídica 181
2. La situación jurídica 186

LECCION XII. *La norma jurídica* 189

I. Carácter, contenido y estructura de la norma jurídica 189
1. La naturaleza o carácter esencial de la norma 190
2. El contenido de la norma 195
3. La estructura lógica de la norma 197

Pág.

II. Principales tipos de normas jurídicas 199
1. Las normas jurídicas completas 200
2. Las disposiciones jurídicas 202

LECCION XIII. *Persona o sujeto de Derecho* 205
I. El problema de la personalidad jurídica 205
1. Persona, personalidad y personalidad jurídica 206
2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar 208
II. Las «personas físicas» del Derecho 209
III. Las «personas jurídicas» o colectivas 211
1. Su naturaleza jurídica 211
2. El contenido de su personalidad 213
3. Clases de personas jurídicas 214

LECCION XIV. *El derecho subjetivo* 217
I. La presencia de esta categoría en la doctrina jurídica a través de la historia 217
II. Naturaleza y contenido del derecho subjetivo 219
1. Naturaleza 219
2. Contenido 222
III. Tipología básica 224

LECCION XV. *El deber jurídico* 227
I. Deber jurídico y deber moral 227
1. El deber jurídico como deber de conciencia 228
2. El deber jurídico como simple sometimiento a la coacción 229
II. Los rasgos peculiares del deber jurídico 231
1. Caracteres del deber jurídico 231
2. El fundamento del deber 233
III. Deber jurídico, incumplimiento del Derecho y sanción 234
1. El incumplimiento del deber jurídico 235
2. La sanción jurídica 236

Pág.

LECCION XVI. *El conocimiento jurídico práctico* 239

I. Su presencia en los procesos de creación y aplicación del Derecho 239

1. La prioridad del conocimiento jurídico práctico 240

2. Su caracterización sistemática 241

II. Política jurídica, proceso legislativo y jurisprudencia 242

1. La política jurídica 243

2. La jurisprudencia 245

LECCION XVII. *El conocimiento jurídico científico* 247

I. Las ciencias jurídicas fáctico-sistemáticas 247

1. La Historia del Derecho 248

2. La Sociología Jurídica 250

II. Las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas 252

1. La cuestión de la unidad 252

2. El problema del origen 255

3. La caracterización 258

III. Las ciencias jurídicas lógico-sistemáticas 262

LECCION XVIII. *El conocimiento filosófico del Derecho* 265

I. Fundamentación, carácter y problemas del saber filosófico-jurídico 265

1. El fundamento de existencia 266

2. Carácter 269

3. Temas o problemas básicos 270

II. La división del saber filosófico sobre el Derecho y su relación con los otros niveles del conocimiento jurídico 272

1. División o diversificación interna del conocimiento filosófico-jurídico .. 273

2. Relación con los otros niveles del conocimiento jurídico 273

SEGUNDA PARTE

EL IUSNATURALISMO

LECCION XIX. *La idea de naturaleza y el Derecho natural* 279

I. Acepciones del término naturaleza 279

II. Concepción cosmológica; distintas versiones 280

Pág.

III. Concepción metafísica clásica 281
IV. Naturaleza humana y Derecho natural 282

LECCION XX. *Derecho natural y Derecho positivo* 285

I. Monismo y dualismo jurídicos 285
II. Vinculación de la ley positiva a la ley natural en la doctrina clásica 286
1. Diversos medios de subordinación del Derecho positivo al natural ... 286
2. El problema de las leyes injustas 288
III. Otras posibles interpretaciones de la tesis iusnaturalista 290
IV. El Derecho natural como ideología: las nociones de legalidad y legitimidad 291

LECCION XXI. *El iusnaturalismo y su historia* 295

I. La historia del iusnaturalismo y la historia de la filosofía 295
II. La idea iusnaturalista como constante histórica 295
III. Derecho natural y ley moral 297

LECCION XXII. *La idea iusnaturalista en el pensamiento clásico* 299

I. Presocráticos: el iusnaturalismo cosmológico 299
II. Sofistas: la oposición entre phýsis y nómos 301
1. La generación sofista 301
2. La tensión physis-nómos 302
III. Sócrates 303
IV. Platón 304
V. Aristóteles: lo justo legal y lo justo natural 306

LECCION XXIII. *La idea iusnaturalista en el pensamiento clásico* (continuación) 309

I. La filosofía del helenismo: su preferencia por el tema moral 309
II. El estoicismo: de la filosofía griega al pensamiento romano 310
1. Períodos 310
2. Principales tesis 311
3. El iusnaturalismo estoico 312

Pág.

III. La idea iusnaturalista en Roma: Cicerón 314
IV. La noción de «ius naturale» en los juristas romanos 316

LECCION XXIV. *El iusnaturalismo cristiano* 319

I. El cristianismo como fenómeno histórico-cultural 319
II. Cristianismo y Derecho 321
III. Influjo del cristianismo en el Derecho 323
IV. La introducción de la idea de ley eterna 325

LECCION XXV. *El iusnaturalismo cristiano hasta el siglo XIII* 327

I. El supuesto iusnaturalismo de San Pablo 327
II. La Patrística, bajo la influencia paulina 328
III. San Agustín 330
IV. San Isidoro 332

LECCION XXVI. *El iusnaturalismo escolástico* 335

I. Santo Tomás de Aquino 335
II. Concepto y contenido de la ley natural 335
1. Concepto 335
2. Contenido 336
3. Carácter de los preceptos de la ley natural 337
III. Universalidad e inmutabilidad de la ley natural 339
IV. La escolástica franciscana 340
V. Intelectualismo o voluntarismo en la ley 340
VI. Duns Escoto 343
VII. Guillermo de Ockham y el tránsito a la modernidad 344

LECCION XXVII. *El pensamiento renacentista* 347

I. El Renacimiento como renovación cultural 347
II. Perfil filosófico del Renacimiento 348
III. La Escuela española de Derecho natural 349

Pág.

1. La escolástica española de los siglos XVI y XVII 349
2. Rasgos generales de la Escuela española 351
3. Principales representantes 351
4. Puntos básicos de la doctrina de la Escuela 352

LECCION XXVIII. *El iusnaturalismo racionalista* 355

I. Significado de la filosofía racionalista 355
II. Rasgos fundamentales de la filosofía racionalista 356
III. El Derecho natural racionalista. Sus postulados básicos 358
1. Desvinculación del Derecho natural respecto de Dios 358
2. Construcción del Derecho natural por la razón 359
3. «Status naturalis» y «status civilis» 359
4. Pactismo 359
5. La naturaleza humana empírica como punto de partida 360
6. Separación entre Moral y Derecho 360

LECCION XXIX. *El iusnaturalismo racionalista* (continuación) 363

I. Grocio 363
II. Puffendorf 364
III. Tomasio 367
IV. Wolf 368

LECCION XXX. *Iusnaturalismo y formas políticas* 371

I. Hobbes: la justificación del poder absoluto 371
1. Status naturalis y status civilis; el pacto 372
2. Pesimismo antropológico y exigencia del orden 373
3. El *Leviatán* y su derecho; los límites del poder estatal 374
4. Hobbes y el derecho natural 375
II. Locke: la fundamentación del liberalismo 376
1. Status naturalis y status civilis; el pacto 376
2. El iusnaturalismo de Locke 377

Pág.

III. Rousseau: las bases de la democracia 378
1. Status naturalis y status civilis; el pacto 378
2. El iusnaturalismo rusoniano 380

LECCION XXXI. *El iusnaturalismo en los siglos XIX y XX* 381

I. Caracterización filosófica del siglo XIX: el predominio del positivismo y del historicismo 381
1. La reacción frente al racionalismo 381
2. El positivismo filosófico 382
3. El positivismo jurídico 383
4. El historicismo: la Escuela histórica del Derecho 386
5. Sus ideas básicas: la «nación» y el «espíritu popular» 386
6. Actitud de la Escuela histórica ante el Derecho natural 388

II. Decadencia del iusnaturalismo en el siglo XIX 389

III. Panorama del pensamiento filosófico del siglo XX 390
1. El neopositivismo 390
2. La fenomenología y la axiología 391
3. El existencialismo 392
4. La neoescolástica 393
5. Los neokantianos 393
6. La vuelta a la metafísica 394

IV. Stammler y la restauración del iusnaturalismo 394
1. El Derecho natural de Stammler 394
2. La reacción iusnaturalista del siglo XX 395

V. Iusnaturalismo tradicional y posiciones afines 397

VI. El iusnaturalismo protestante 398
1. Presupuestos antropológicos 398
2. Oposición al positivismo 398
3. La «dirección bíblica» 399
4. La «dirección cristológica» 400
5. El «orden de la creación» 401

VII. Radbruch y la doctrina de la naturaleza de la cosa 402
1. Precedentes 402

Pág.

2. El concepto de «cosa» según Radbruch 402
3. Diferentes direcciones doctrinales 404
4. Naturaleza de la cosa y Derecho natural 405

TERCERA PARTE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LECCION XXXII. *Concepto, sujeto y caracteres de los derechos fundamentales* 409

I. Concepto y terminología 409
II. Los derechos fundamentales como defensa de las libertades 410
III. El sujeto de los derechos fundamentales 412
IV. Caracteres de estos derechos 413
V. Clasificación de los derechos fundamentales 416
VI. Los derechos humanos y la posición iusnaturalista 416

LECCION XXXIII. *Desarrollo histórico de los derechos humanos* 419

I. Formulaciones medievales de los derechos naturales 419
II. Los derechos fundamentales en la Edad moderna hasta el siglo XVII 421
III. Los derechos del hombre en los siglos XVIII y XIX 422
IV. Los derechos humanos en la actualidad 425

LECCION XXXIV. *El fundamento de los derechos humanos* 429

I. Necesidad de una fundamentación de estos derechos 429
II. Doctrina relativista 430
III. Doctrina axiológica 431
IV. Doctrina lógico-sociológica 432
V. Doctrina legalista 433
VI. Doctrina iusnaturalista 434

LECCION XXXV. *Límites y garantías de los derechos humanos* 439

I. La limitación del ejercicio de los derechos fundamentales 439
II. Límites intrínsecos 439

Pág.

III. Límites extrínsecos 440
IV. Limitaciones de derechos y seguridad jurídica 442
V. Determinación de los límites 443
VI. Suspensión del ejercicio 444
VII. Garantía y tutela de los derechos fundamentales 444

LECCION XXXVI. *La positivación de los derechos fundamentales* 447

I. Necesidad de la positivación 447
II. Interpretaciones de la positivación 448
III. Los modos técnicos de la positivación y su crítica 449
IV. Proceso histórico de la positivación 452
1. Progresiva extensión de los derechos y libertades 452
2. Incorporación sucesiva de las distintas clases de derechos 454
V. Los derechos de la «cuarta generación» y su posible positivación 457

PRESENTACION

Al presentar esta segunda edición de ***Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural****, creemos que puede ser útil recordar las consideraciones que hacíamos en la* presentación *de la primera, ya que conservan toda su actualidad, no sólo en cuanto a las intenciones y propósitos de los autores, sino también en lo que se refiere a las circunstancias que condicionaron el nacimiento y la estructura definitiva del libro.*

*Escribíamos entonces (agosto de 1993) y repetimos hoy que "****Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*** *es una obra que tiene como destino prioritario la colaboración en el esfuerzo de aprendizaje y formación que inevitablemente habrán de realizar los estudiantes de Derecho de la UNED que se hayan matriculado este año en la Asignatura* ***Derecho Natural****. Es, pues, un libro de texto con vocación de manual, es decir, un escrito pensado, sistematizado y realizado bajo el condicionamiento de su propia finalidad pedagógica. Pero su nacimiento ha estado sometido también a la influencia de otros factores externos de tipo coyuntural. No en vano los libros, como los hombres, son hijos de su propia circunstancia.*

En este sentido, el proceso de reforma de los planes de estudios de las Facultades de Derecho, que se abriera a finales de 1990, ha sido decisivo para su configuración general y para su propia estructura interna. Como se sabe, ese proceso incluye la sustitución del viejo (y tan generosamente tolerante como insistentemente criticado) ***Derecho Natural*** *por la* ***Teoría del Derecho****, lo que obliga a los profesores del área de Filosofía del Derecho a ir programando su propio plan docente del Curso Primero. Por otra parte, la reciente aprobación por la Facultad de la UNED de su nuevo plan de estudios permite pensar que la sustitución prevista en el Real Decreto 1424 de 1990 se llevará a efecto en fecha próxima.*

Estos hechos parecen avalar la conveniencia de una incorporación inmediata de los temas de la ***Teoría del Derecho*** *a las enseñanzas del Curso Primero. Pero, al mismo tiempo, el dato de que la rúbrica* ***Derecho Natural*** *siga ostentando todavía la representación oficial de la Asignatura y, sobre todo, su amplia virtualidad informadora y formativa aconsejan mantener el núcleo fundamental de los problemas vinculados tradicionalmente a esa rúbrica. Por eso, se ha intentado ese punto de equilibrio que ofrece la obra que ahora presentamos.*

Los autores esperamos y deseamos que este nuevo libro de texto contribuya a dirigir, enriquecer y facilitar el generoso y siempre duro esfuerzo formativo de los alumnos."

Este sigue siendo también ahora nuestro augurio, nuestro esperanzado deseo y nuestro compromiso. Y, por eso, hemos sometido la primera parte ***(Teoría del Derecho)*** *a una amplia revisión, con el fin de conseguir que, tanto la secuencia de las cuestiones como la propia presentación y exposición literaria de las mismas, resulte plenamente accesible al alumno, en función de la preparación y conocimientos que se puede suponer que posee en cada momento.*

En esta línea de preocupación se inscribe la decisión de colocar los temas relativos al conocimiento jurídico («conocimiento jurídico práctico», «conocimiento jurídico científico» y «conocimiento filosófico del Derecho») en las lecciones XVI, XVII y XVIII, *es decir, al final de la parte dedicada a la* ***Teoría del Derecho.*** *Evidentemente, la lógica interna del libro aconseja que tales temas sean tratados en las primeras lecciones, puesto que su finalidad didáctica se cifra en perfilar a grandes rasgos el mapa general de los saberes (o «ciencias») jurídicos, mapa dentro del que está inscrita la propia* ***Teoría del Derecho*** *y todas las demás ramas científicas que van a ser objeto de estudio en los cinco cursos de la licenciatura. Sin embargo, las notables dificultades con que han tropezado hasta ahora muchos estudiantes cuando tenían que abordar esos temas dentro de las primeras lecciones han aconsejado posponer su estudio para un momento en que, probablemente, la capacidad de comprensión de la mayoría de los alumnos y su familiaridad con el lenguaje jurídico estarán más desarrolladas.*

En esa misma línea de preocupación se sitúa también el amplio esfuerzo dedicado a reordenar, simplificar (en la medida de lo posible) y redactar de nuevo una buena parte de las cuestiones que se tratan en las dieciocho primeras lecciones del libro. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, al haber respetado casi totalmente la anterior estructuración interna de cada lección, si se examinan solamente los respectivos índices, puede llegarse a la conclusión de que apenas hay variaciones entre la primera y la segunda edición. La realidad es, sin embargo, que los pequeños cambios han sido tan numerosos que, salvo en la identidad y el enfoque general de las cuestiones tratadas, la segunda edición se parece bastante poco a la primera (lo que no impide que ésta siga siendo plenamente válida para la preparación de la Asignatura).

Por lo demás, todas las modificaciones realizadas han tenido el propósito de contribuir a que el estudio resulte ahora más atractivo y más fructífero, sin que por ello se pierda nada de ese rigor y profundidad en el tratamiento de los temas, que pueden considerarse imprescindibles en cualquier libro destinado a la formación de los estudiantes. Si conseguimos esto, nos sentiremos suficientemente recompensados.

Madrid, junio de 1995
A. Fernández-Galiano
B. de Castro Cid

PRIMERA PARTE

TEORIA DEL DERECHO

(B. de Castro Cid)

LECCION I

PROBLEMAS BASICOS DEL ESTUDIO DEL DERECHO

Al igual que las otras realidades y fenómenos que forman parte de la circunstancia vital del hombre, el Derecho ha venido siendo objeto de consideración o estudio desde el momento mismo en que los hombres tomaron conciencia de su propia capacidad de conocer [1] y comenzaron a contemplar críticamente el mundo en que vivían [2]. Por otra parte, el estudio del Derecho se ha visto sometido a los mismos avatares que han marcado la larga y lenta peripecia del desarrollo de los diferentes saberes humanos, de modo que, en la actualidad, tropieza con varios obstáculos importantes.

I. La peculiaridad del Derecho como ciencia y como objeto de conocimiento

El estudio del Derecho ha de enfrentarse, en primer lugar, a varias dificultades que provienen, o bien de la propia realidad del fenómeno jurídico,

[1] El conocimiento humano es un dato originario cuya existencia no parece razonable someter a debate. En efecto, resulta inevitable admitir como un hecho evidente que los hombres *conocemos*, es decir, que descubrimos o «experimentamos» el modo de ser y «actuar» de las más diversas realidades mundanales: nosotros mismos, la luz, el sonido, los otros hombres, el frío, la lluvia, el pasado, el magnetismo, la ciencia matemática, la electricidad, la estructura atómica...

Este parece ser un hecho inmediatamente cierto para cada uno, aunque sea también al mismo tiempo un fenómeno oscuro, problemático y discutido. Esto sucede sobre todo en el ámbito que afecta a la manera de producirse el conocimiento, tal como demuestra la presencia de las diversas explicaciones que han ido apareciendo en el marco de la historia de la filosofía (platonismo, racionalismo, sensismo/empirismo, innatismo, realismo, idealismo:..).

[2] La importancia que los sistemas de normatividad ética tenían para la vida social colocó siempre a esos sistemas en la primera línea de atención. Debe tenerse presente, sin embargo, que el Derecho tardó todavía mucho tiempo en llegar a ser un objeto diferenciado y autónomo de análisis. Tal como se explicita en las **Lecciones III, V** y **VI,** el Derecho, al igual que la Moral, los Usos Sociales e incluso las reglas de higiene y sanidad (o, para decirlo con más precisión, aquellas directrices que corresponderían a lo que hoy llamamos «Derecho», «Moral», «Usos Sociales» o «reglas técnico-sanitarias»), subsistió durante largos siglos dentro del mundo confuso y magmático de las costumbres o *Ethos.* Consecuentemente, quedó absorbido durante mucho tiempo por este objeto «científico» común e indiferenciado.

o bien de las vicisitudes por las que ha atravesado el examen y tratamiento «científico» de esa realidad. La realidad del fenómeno jurídico, por su carácter pluridimensional, da lugar a que existan varias perspectivas de análisis, que no siempre son fácilmente conciliables. A su vez, la «ciencia del Derecho» [3], aparte de su notable diversificación interna, tiene algunos inconvenientes genéricos, como la ambigüedad del término «Derecho» o la especificidad del lenguaje jurídico.

1. La polisemia del término «Derecho»

Uno de los obstáculos en que tropieza de inmediato quien intenta introducirse en el campo del estudio del Derecho es precisamente la multiplicidad de significados que concita ese término y la consiguiente indeterminación del sentido que tiene en la mayoría de los casos. Por eso, es imprescindible comenzar la explicación de las peculiaridades del Derecho con la referencia a los diferentes significados que se le atribuyen.

Cuando alguien afirma que piensa «hacer (o estudiar) Derecho», está indicando que tiene el propósito de iniciar los estudios correspondientes a la licenciatura en esa rama especial del saber que es el Derecho. Está utilizando, por tanto, el término «Derecho» en su significado sociológico inmediato de «carrera» universitaria. Pero es evidente que este significado se sostiene, a su vez, en otro algo más oculto: el que hace referencia al conjunto de conocimientos que tratan de asimilar quienes «estudian Derecho». Y ese conjunto de conocimientos (fundamentalmente científicos) desarrollados de forma sistemática en torno a la problemática que plantea la vida jurídica son los que constituyen la ciencia jurídica o «ciencia del Derecho», es decir, el Derecho en cuanto ciencia.

Pero hay ocasiones en que el discurso se refiere más bien al conjunto de principios, reglas y decisiones de carácter jurídico y de distinto rango que predeterminan la organización social y que rigen el desarrollo de las relaciones y comportamientos sociales dentro de un determinado ámbito. Así ocurre cuando se habla del Derecho español, del Derecho foral o del Derecho canónico. En estos supuestos, como en otros muchos similares, se está utilizando el término «Derecho» en un sentido que los autores vienen designando como *objetivo* y que declaran equivalente al de «ordenamiento jurídico».

Y se da también con frecuencia el caso de que quien recurre al término «derecho» (en este caso con minúscula) lo hace para aludir a un cierto poder

[3] Aquí la expresión «ciencia del Derecho» tiene un sentido no-estricto, de modo que comprende a todas las manifestaciones de los distintos niveles del saber jurídico. Ver la pregunta II de esta misma lección y las **Lecciones XVI, XVII y XVIII.**

o facultad que, correspondiendo a un determinado sujeto, legitima a éste para realizar o no realizar determinados actos, para exigir de otros sujetos que efectúen o se abstengan de efectuar ciertas acciones, o para personarse ante la administración y ante los tribunales de justicia con la pretensión de provocar su intervención en la marcha de la vida jurídica. Así ocurre cuando se utilizan expresiones derivadas del giro «tener derecho a...». En esos casos, el término «derecho» es portador de un significado que los estudiosos han calificado de *subjetivo.*

Suele señalarse asimismo por algunos autores que el término «derecho» (también con minúscula) hace referencia a la justicia. Por ejemplo, en enunciados como «no hay derecho a que unos pocos tengan tanto y otros muchos mueran de hambre» o «el derecho exige que, en la distribución de cargas y beneficios sociales, se aplique el principio de igualdad proporcional». Sin embargo, parece que estos últimos supuestos no pueden tomarse como muestras de un nuevo significado del término «derecho», sino sólo como simples manifestaciones de un empleo incorrecto de ese término, fenómeno que, por lo demás, es bastante frecuente.

Se ve, pues, que el término «Derecho» da cobijo a una notable disparidad de significados, por lo que es obligado afirmar su connatural *polisemia.* Este dato debe ser tenido en cuenta para no caer en confusiones que pueden llegar a ser peligrosas, puesto que afirmaciones que serían legítimas si se hacen en relación con el Derecho *como ciencia* no serían válidas si se refirieran al Derecho *como carrera* universitaria, al Derecho en su *sentido objetivo* (= conjunto de principios, reglas y decisiones) o al Derecho en su *sentido subjetivo* (= poder o facultad del sujeto).

2. El lenguaje jurídico

En principio y puesto que el Derecho se caracteriza ante todo por ser y actuar como norma que determina las conductas y delimita los intereses de los ciudadanos, parece exigible que se exprese en un lenguaje coincidente con el que utilizan habitualmente esos ciudadanos, de modo que no presente dificultades de comprensión para la mayoría de los miembros del grupo. Sin embargo, a menudo, la experiencia va por otro camino y provoca situaciones como la vivida por el pequeño ganadero C cuando se presentó en el despacho del abogado A con la pretensión de anular, por defectos de enfermedad, la reciente compra de un semental de raza frisona. El ganadero manifestó directamente al abogado su deseo de que se plantease la demanda ante el juez J, por ser el que más confianza le merecía. Pero el abogado le contestó que era imposible presentar la demanda en el juzgado de J porque ese juez no era *competente* para resolverla, así que tendría que dirigirse al juzgado del

juez H, que era quien tenía *competencia* para resolver el litigio. Entonces, el buen ganadero respondió visiblemente molesto que nadie podía dudar de la *competencia* del señor J, ya que, por lo que él sabía, no sólo tenía merecida fama de profesional íntegro, sino que era además profesor asociado en la Facultad de Derecho y miembro de varias Sociedades científicas nacionales y extranjeras.

¿Dónde está el origen del desacuerdo entre las respectivas opiniones que el abogado y su potencial cliente tenían sobre el juez J? Sin duda, en el dispar significado que cada uno atribuía a este término central de sus respectivas afirmaciones: la «competencia» [4]. Fue, pues, la peculiaridad del lenguaje jurídico la que perturbó la correcta comunicación entre el ganadero C y el abogado A.

Y eso es precisamente lo que les sucede también en muchas ocasiones a quienes se adentran de improviso en la lectura de las leyes o en el estudio de los libros que escriben los especialistas: su capacidad de comprensión queda bloqueada de tal modo por el desconocimiento del sentido peculiar que corresponde a las expresiones o términos del lenguaje jurídico que caen en múltiples confusiones y malentendidos [5]. La causa está en que, contra las propias apariencias y a pesar de que las exigencias de la seguridad jurídica parecen imponer la coincidencia entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje común del grupo, con frecuencia existe una notable distancia entre uno y otro.

Pero hay que tener también en cuenta que este hecho no es casual. Se ha producido porque la función reglamentadora que cumple el Derecho dentro del sistema de las relaciones sociales arrastra la necesidad de eliminar de sus propios enunciados la imprecisión o indeterminación que acompañan a menudo a los términos del lenguaje cotidiano. Y, consecuentemente, los juristas se han visto empujados a una constante lucha por la claridad y la precisión del lenguaje que utilizan. De ahí, que no sólo han desarrollado un largo proceso de delimitación del sentido de muchos de los términos del lenguaje común que son habitualmente utilizados por el Derecho, sino que han procedido también ya desde antiguo a la incorporación de un número importante de términos específicos.

Por eso, se hace inevitable reconocer que, si bien es cierto que gran parte

---

[4] Mientras que el abogado se refería con ese término a la facultad o poder jurídico de examinar y resolver determinados litigios (facultad atribuida a cada juez por las disposiciones legales que regulan la organización judicial), el señor C estaba aludiendo a los amplios conocimientos y gran honestidad que caracterizaban la trayectoria profesional de J.

[5] Esta situación afecta, naturalmente, a los alumnos que inician los estudios jurídicos hasta el punto de que muchos no llegan a sobrepasar la barrera del lenguaje o lo consiguen a costa de ímprobos esfuerzos. Por eso, es muy útil disponer desde el principio de la ayuda de algún diccionario especializado.

de los términos del lenguaje del Derecho pertenecen al acervo del lenguaje común, tales términos tienen casi siempre en el contexto del lenguaje jurídico un significado concreto distinto al que ofrecen en el ámbito del lenguaje ordinario [6]. En esa medida, el Derecho se ha salido del campo de fuerza del lenguaje general, se ha desviado del significado que se atribuye habitualmente a los términos de ese lenguaje y ha terminado por atribuir a éstos una significación peculiar propia. Consecuentemente, el lenguaje jurídico ha pasado a ser un área lingüística especializada cuya comprensión exige un peculiar esfuerzo de adaptación. Y esta circunstancia exige de quienes se acercan al mundo cultural del Derecho un particular esfuerzo de adaptación para que su comprensión no se vea falseada.

Resulta, pues, imprescindible para todos los estudiantes de Derecho y, de manera especial, para los alumnos del primer Curso la preocupación por hacerse cuanto antes y hasta el límite de lo posible con el dominio de un lenguaje que va a ser para ellos el habitual instrumento o vehículo de comunicación. Si no consiguen ese dominio, al menos en una medida mínima, el lenguaje jurídico, destinado a canalizar y potenciar el desarrollo de su formación profesional, se convertirá para ellos en una barrera infranqueable que terminará por neutralizar la mayor parte de su esfuerzo y, tal vez, de su mismo interés por el Derecho.

---

[6] Algunos ejemplos bastarán para confirmar esta observación.

Todos tenemos conocimiento, con una mayor o menor aproximación, de que el significado que soportan en el seno del lenguaje general los términos «persona» [1], «alimento» [2], «acción» [3] o «causa» [4] equivale, respectivamente, a [1] «individuo de la especie humana», [2] «comida y bebida que los seres vivos toman para subsistir y desarrollarse», [3] «acto o comportamiento aislado de un sujeto consciente», [4] «factor que es fundamento o razón de ser de algo». Sin embargo, tales términos presentan una significación bastante divergente en el ámbito del lenguaje jurídico.

Así, en Derecho, es *persona* toda entidad capaz de actuar como soporte de obligaciones y de facultades, aunque esa entidad no tenga existencia individual física (tal como ocurre en el caso de las corporaciones, de las sociedades, de las asociaciones o de las fundaciones). De manera similar, el término *alimento* designa (según el artículo 142 del Código Civil español) a todo aquello que puede ser considerado como indispensable para el sustento, la habitación, el vestido o la asistencia médica, incluyendo lo necesario para la educación o instrucción cuando la obligación alimentaria se refiere a los menores de edad. Paralelamente, la *acción*, en Derecho, no es sólo la manifestación del actuar humano, su acto, sino también la facultad de pedir alguna cosa en juicio y el modo legal de ejercitar esa facultad (lo que sucede en el marco del Derecho Procesal) o incluso cada una de las partes o porciones en que está dividido el capital social de una compañía, así como el propio título en que se representa y acredita el valor de las mismas (como acontece en el ámbito del Derecho Mercantil). Y, a su vez, la *causa* no es sólo, como podría pensarse, la razón o motivo que mueve a hacer algo, sino también el litigio judicial (dentro del Derecho Procesal) o el contenido u objeto principal de las relaciones contractuales (como muestra la definición del artículo 1.274 del Código Civil español).

3. Las dimensiones del fenómeno jurídico

Parece evidente que la pretensión de dirigir la actuación de los sujetos en el ámbito de las relaciones sociales es una de las características fundamentales que definen la existencia del Derecho. Así, la regulación jurídica se manifiesta ante todo como un medio o técnica de organización social, como un instrumento que (por supuesto, junto con otros varios mecanismos de eficacia ordenadora convergente, tales como la religión, la moral o los usos sociales) contribuye de manera insustituible a la implantación de un determinado orden, a la realización de un determinado modelo de organización en la sociedad [7].

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la realidad del Derecho no se agota en su eficacia normadora. Antes bien, reflejando fielmente el proteico dinamismo de la vida humana que lo genera en su incesante y complicado devenir, el fenómeno jurídico constituye siempre una estructura compleja y pluridimensional en la que coexisten varios aspectos imprescindibles. Y, así, hoy es ya doctrina bastante generalizada la opinión de que, si se analiza el dato jurídico en profundidad, se descubre inevitablemente la manifestación de tres grandes dimensiones complementarias: la fáctica, la normativa y la valorativa. El Derecho es, pues, de acuerdo con el esquema interpretativo de este punto de vista doctrinal, una realidad constitutivamente tridimensional que se manifiesta y actúa a un mismo tiempo como *hecho*, como *norma* y como *valor*.

A) *Dimensión fáctica*

Uno de los rasgos primarios del Derecho es el de ser resultado o producto de la creatividad humana, instrumento que el hombre inventa para asegurarse la conservación y el satisfactorio desarrollo de su propia vida dentro de la trama de las siempre conflictivas relaciones sociales. En esa medida, el Derecho nace y existe como una realidad inevitablemente inscrita dentro del marco histórico de la vida humana.

Esta vinculación del Derecho a la estructura de la vida social parece obvia. En efecto, ocurre que, entre los múltiples y cambiantes artificios que el incesante dinamismo de la vida humana va engendrando bajo la presión de una gran pluralidad de factores convergentes (fisiológicos, psicológicos, tec-

[7] Es precisamente esta función orientadora y conformadora de la sociedad la que explica y justifica la gran importancia que se atribuye al Derecho y la preocupación que despierta su control o utilización instrumental. Y es también esa dimensión la que ha motivado que, a lo largo de la historia, se haya desarrollado una amplia preocupación teorética sobre la problemática jurídica.

nológicos, religiosos, económicos, políticos, científicos, etc.) para ensanchar los límites de su concreta posibilidad vital, está siempre presente el Derecho. Y esta su natural pertenencia a la trama de la vida social tiene para él tres consecuencias importantes: en primer lugar, la simple coincidencia existencial con todos los demás hechos sociales; en segundo lugar, la inclusión dentro del campo de acción de los factores que determinan en cada momento la vida colectiva y la consiguiente influencia que esos factores proyectan; en tercer lugar, la configuración como un hecho social estricto. Pero, obviamente, el Derecho es un hecho social bastante peculiar. Así, aunque su existencia no es posible sin la concurrencia de elementos físicos y de elementos ideales muy variados, no se identifica nunca con esos elementos [8]. Lo característico del Derecho es ser un producto o instrumento de la necesidad humana de vivir, al igual que el vestido, el fuego, el hacha, la rueda, la locomotora, la electricidad, la energía atómica, los coches, la radio o los ordenadores. Y, en esa medida, es un hecho que se constituye y se define por su propia estructura funcional e instrumental, es decir, por el destino o finalidad social a que se orienta.

Consecuentemente, cuando la reflexión humana intenta dar explicación del Derecho, ha de detenerse en su dimensión fáctica, de modo que el saber o conocimiento jurídico resultante incluya una amplia sección o apartado de corte estrictamente histórico-fáctico [9].

B) *Dimensión normativa*

Ciertamente, el Derecho, que en algunos aspectos coincide ampliamente con los demás hechos o fenómenos sociales, tiene también otros rasgos bastante peculiares. Así, a diferencia de la mayor parte de los demás hechos sociales, el Derecho se caracteriza ante todo por actuar en la vida social con la pretensión de implantar una determinada ordenación sobre el sistema de relaciones, es decir, por intentar reglamentar de una determinada forma y en

---

[8] Aunque se recoge en instrumentos materiales y se manifiesta y transmite a través de ellos, el Derecho no se identifica con esos instrumentos. Las dos losetas de piedra en que Moisés grabó los Diez Mandamientos, la estela en que se esculpió el Código de Hammurabi, el bronce que recogía la Ley de las XII Tablas, los pergaminos en que se recopiló el Código Justinianeo o los libros en que se publican actualmente las leyes de casi todos los ordenamientos jurídicos *contienen* Derecho pero *no son* Derecho. Pero el Derecho no consiste tampoco simplemente, como algunos han sostenido, en un conjunto de valores y principios éticos ideales. Lo que le caracteriza es ser una realidad híbrida de **materialidad** (enunciados lingüísticos, leyes, códigos, instituciones, organismos...) y de **idealidad** (valores, principios, ideales, juicios lógicos...); una realidad que los hombres han creado y desarrollado a lo largo de la historia para que les ayude a encarrilar su propia vida dentro de la sociedad.

[9] Este tipo de conocimiento será analizado en la primera parte de la **Lección XVII.**

un determinado sentido una gran parte de las conductas sociales de los hombres. Es, pues, un hecho social que ha de ser definido en última instancia desde su función normadora.

De ahí que sea habitual afirmar que el rasgo más acusado del Derecho es el de ser y actuar como *norma*, como regla, como directriz de conducta. Se señala que el Derecho es, por encima de todo, un principio activo de la organización social, de carácter regulativo, que asume la pretensión de determinar la orientación que va a presidir el desarrollo de varias áreas del comportamiento de los sujetos sociales. Y, por ser norma directiva de las conductas, condiciona al mismo tiempo en forma decisiva la propia organización social que los comportamientos humanos, en su trama interrelacional, implantan y reproducen.

En consecuencia, el saber o conocimiento jurídico ha de preocuparse también de delimitar y explicar el alcance normativo de las reglas de Derecho. Es decir, ha de desarrollarse como un conocimiento o saber nomológico, un saber que trata de la explicación de las leyes jurídicas en cuanto que son normas de conducta y actúan como tales en el seno de la organización social. Por eso nació y se ha cultivado ampliamente ese tipo específico de conocimiento que es el saber jurídico dogmático-sistemático [10].

C) *Dimensión valorativa*

La referencia a valores es también una tensión o dinamismo interno del que el Derecho no puede prescindir. Esta tensión le es tan consubstancial que su propia dimensión normativa exige la presencia de la dimensión valorativa.

Por supuesto, la funcionalidad primordial del Derecho, en su calidad de creación instrumental del hombre, es la satisfacción, mediante la ordenación reglada de las relaciones sociales, de una serie de urgencias o necesidades con que la vida humana choca en el proceso de su desarrollo dentro de la sociedad. Esto no ofrece duda. Pero ocurre que la propia estructura de las necesidades humanas de convivencia llega a exigir que esa funcionalidad originaria del Derecho se lleve a cabo a través de la referencia a unos valores o criterios orientadores. En efecto, la existencia de cualquier norma jurídica se apoya siempre en una precedente selección valorativa de las conductas que deben ser cumplidas o evitadas. Cuando la norma jurídica impone la realización de un determinado tipo de conducta es porque el sujeto social que crea esa norma considera tal conducta más valiosa que todas las otras posibles. Así pues, en el origen de toda norma jurídica hay siempre un juicio de valor

[10] La segunda parte de la **Lección XVII** recoge una caracterización sumaria de este saber.

que el autor de la misma formula basándose en unos principios reconocidos como factores determinantes de la legitimidad o justificación de esa norma.

En último término, el sentido y la función directiva de ese hecho social que es el Derecho se basan en el dato de que las reglas jurídicas intentan implantar un determinado orden social frente a otros órdenes posibles. Así, orientan la sociedad hacia un concreto modelo organizativo definido por un conjunto de ideales o valores cuyas exigencias éticas actúan como trama básica de la organización social que se pretende implantar. La propia existencia del Derecho positivo apunta, pues, hacia la presencia, más allá de ese Derecho positivo, de unos principios o criterios de valoración. Y es la realización de esos principios o valores lo que proporciona a los distintos Derechos históricos su propia legitimación ética, pues sólo de ese modo llegan tales Derechos a coincidir con el paradigma del Derecho ideal en la medida mínimamente necesaria para que se pueda afirmar que son una normatividad jurídica lo suficientemente justa como para que pueda ser reconocida como genuino Derecho.

Consecuentemente, si el conocimiento jurídico quiere acceder a una captación fiel y comprensiva de la realidad global del fenómeno jurídico, ha de asumir también la perspectiva adecuada para el análisis de la dimensión valorativa del Derecho. Por eso ha surgido, dentro del campo del saber filosófico-jurídico, la reflexión axiológica, es decir, la reflexión sobre los valores o criterios ideales que ha de intentar realizar el Derecho positivo para ser fiel a su propio destino.

D) *La unidad de las dimensiones del Derecho*

Las tres grandes dimensiones (fáctica, normativa y valorativa) presentes en la compleja realidad del fenómeno jurídico pueden dar pie, obviamente, al desarrollo de tres diferentes ópticas o puntos de vista en el análisis del Derecho, originándose así, tal como veremos enseguida, tres distintas líneas de saber jurídico.

Ahora bien, tales dimensiones no subsisten en el Derecho de forma independiente y desvinculada, sino que coexisten en una realidad existencial que es única: la realidad concreta y coherente del Derecho histórico de cada pueblo. Son, por tanto, tres dimensiones que se hallan unidas entre sí con fuerza inescindible y que, en consecuencia, no pueden dar pie a la independencia total o a la separación tajante entre las tres diferentes líneas de estudio que se originan en esa tridimensionalidad existencial del Derecho [11].

[11] Consecuentemente, el asumir uno solo de estos aspectos como núcleo y base de consideración (tal como hacen a menudo muchos estudiosos), no sólo implica una flagrante infidelidad a las

Así pues, cuando se estudia el Derecho en su dimensión fáctica, en su realidad de fenómeno social empíricamente contrastable, no puede perderse de vista que el aspecto más característico de ese fenómeno es su función normativa y su consiguiente orientación hacia unos concretos valores éticos determinantes. Y, correlativamente, cuando se analiza el Derecho desde el punto de vista de la normatividad o de la orientación a valores, hay que tener presente que se está, no ante unas normas directivas intemporales y abstractas, sino ante un código de conducta históricamente circunscrito, ante un sistema de reglas o principios de acción cuyo sentido último viene dado por el marco político-social dentro del que opera.

Cualquier Derecho es en cualquier hipótesis una concreción histórica cuya función constitutiva es crear y mantener un orden dentro de la vida social de un determinado grupo humano, en una determinada época y según los imperativos o exigencias de unos determinados valores éticos. Cada una de sus tres dimensiones integrantes es igualmente importante e igualmente imprescindible para un conocimiento integral del Derecho. Todas ellas contribuyen por igual a la configuración de esa peculiar realidad problemática que es el Derecho. Y, si se deja de prestar la debida atención a cualquiera de ellas, el Derecho no podrá llegar a ser explicado en toda su rica complejidad existencial.

II. La diversificación del saber o conocimiento jurídico

1. Manifestaciones históricas

A la hora de encararse al problema del desarrollo del saber sobre el Derecho, no parece posible eludir la presencia de esa especie de «ley» que ha guiado el proceso evolutivo general del pensamiento humano: el principio de la creciente diversificación y especialización del conocimiento. Por otra parte, este principio ha proyectado también su influencia a los dos frentes complementarios en que avanza el proceso: el de la constitución de grandes bloques epistemológicos dispares y el de la consolidación de sectores o parcelas relativamente independientes dentro de cada uno de los bloques [12]. Y,

---

exigencias que la propia realidad del Derecho impone al investigador, sino que proporciona una interpretación deformada de la misma.

[12] En ese constante avance del proceso de racionalización que el hombre desarrolla en relación con su propio mundo el movimiento se ha producido siempre, al parecer, en el sentido que va desde la explicación mítica o religiosa hasta la explicación filosófica y científica. Este es un principio generalmente aceptado desde que fue puesto de relieve de forma explícita en el siglo XIX a través del modelo interpretativo de la «ley de los tres estados», modelo consagrado por A. Comte, pero preanunciado ya por diferentes autores (como Vico, Condorcet o Turgot) y expresamente formulado por Saint-Simon. Por otra parte, la línea de esa transformación racionalizadora envuelve a la

así, es preciso reconocer que la reflexión que los hombres han desarrollado sobre el Derecho a lo largo de la historia se ha colocado en alguna de estas perspectivas: la del saber religioso, la del saber filosófico, la del saber práctico y la del saber científico estricto.

Se admite generalmente la idea de que el nacimiento de las principales manifestaciones del pensamiento humano se produjo en el seno del *saber religioso*, de tal modo que éste condicionó durante largo tiempo el desarrollo de dicho pensamiento. Y eso es lo que ocurrió precisamente con la reflexión sobre la normatividad social y jurídica. Antes de que, merced a la constante presión ejercida por el espíritu secularizador, esa multisecular tutela religiosa perdiera su protagonismo, la normatividad social y jurídica fue analizada e interpretada de forma constante dentro de la óptica religiosa. Sin embargo, esta óptica llegó también a debilitarse gravemente, de modo que el modelo ideal del Derecho, la Justicia, empujado por el avasallador ímpetu de la racionalización, terminó por ser desalojado de las distintas hornacinas de sacralidad que le habían reservado las grandes construcciones religiosas. Y, por fin, llegó a quedar recluido en el ámbito de un conocimiento secularizado o simplemente humano. Por eso, a pesar de que la perspectiva religiosa ha tenido una decisiva presencia histórica en el ámbito del conocimiento jurídico, hoy puede establecerse la conclusión de que, si se hace salvedad de algunas actitudes testimoniales, la reflexión sobre los grandes problemas de la vida jurídica no admite ya la vía de la explicación religiosa [13].

A su vez, la *perspectiva filosófica* ha estado permanentemente presente en todas las grandes manifestaciones históricas del saber jurídico, si bien esa perspectiva, como era inevitable, se ha visto mediatizada siempre por las tensiones procedentes de su origen religioso y de su destino secularizador. En efecto, la reflexión filosófica sobre el Derecho, tras permanecer diluida durante largo tiempo en el seno de la filosofía política o de la filosofía ética de corte teonómico, sucumbió finalmente (siglos XVIII-XIX) a la pretensión

---

interpretación de las realidades históricas o culturales (dentro de cuyo ámbito queda inscrito el Derecho) lo mismo que a la explicación de las realidades físicas o cosmológicas.

Por esta vía llegaron a constituirse, a partir del saber religioso (mitológico o teológico) las otras grandes áreas del conocimiento que, junto con el saber pragmático, integran el cuadro general del saber: el saber filosófico y el saber científico. Y, al mismo tiempo, cada uno de estos sectores, una vez alcanzado un determinado nivel en su desarrollo, sufrió un claro proceso de subdivisión o fragmentación, proceso que, a partir de la modernidad, experimentó una progresiva aceleración, especialmente en el campo del saber científico.

[13] Siguiendo la inclinación general de la cultura, las grandes teorías jurídicas comenzaron hace ya tiempo (al menos, desde el siglo XVII) a enfocar la pregunta clave de su propio desarrollo (la pregunta por la justicia del Derecho positivo) desde perspectivas racionales y estrictamente laicas. No debe olvidarse, sin embargo, que (tal como se constata en la **Lección III**) la vinculación (o la simple confusión) del Derecho con la Religión es todavía en la actualidad un principio vigente en algunas culturas y organizaciones sociales.

empirista de limitar su vuelo a los confines del Derecho positivo, presuponiendo que el objeto de su atención (el Derecho) era un simple producto (aunque racional) de la voluntad del legislador estatal. Por esta vía, a mediados del siglo XIX, bajo la presión de la epistemología y de la metodología impuestas por el movimiento positivista, el saber filosófico del Derecho llegó a reducirse a una especie de teoría general o común de las diferentes ciencias jurídicas parciales. Ahora bien, a partir de ese momento y en medio de constantes críticas, discusiones y revisiones [14], la perspectiva filosófica ha recuperado su protagonismo en el campo del saber jurídico y ha rescatado su viejo carácter abstracto o transhistórico, junto con la funcionalidad crítica que le ha caracterizado en la mayor parte de los períodos de su historia.

Por su parte, la *perspectiva práctica o técnica*, dada su directa y persistente vinculación con la vida jurídica de cada día, ha tenido una presencia tan antigua y tan permanente como la vida o como la propia actividad reflexiva sobre el Derecho. Las necesidades del diario enfrentamiento del Derecho con las complicaciones surgidas en la trama de las relaciones sociales han hecho que este conocimiento haya sido objeto de una atención constante y preferente por parte de quienes intervienen en las distintas actividades jurisdiccionales. Ha sido, pues, su vital importancia para el normal funcionamiento de la vida jurídica la que ha permitido que no haya llegado a desaparecer nunca. Sin embargo, es un tipo de conocimiento que parece destinado a permanecer secuestrado por alguna de las otras manifestaciones o a diluirse en ellas, especialmente en relación con el conocimiento científico [15]. Parece, no obstante, indiscutible que se trata de un tipo de conocimiento jurídico que es suficientemente distinto e independiente de los otros como para constituirse en objeto autónomo de consideración [16].

Finalmente, el panorama de las grandes perspectivas que ha adoptado el desarrollo histórico del saber sobre el Derecho culmina en la presencia del *conocimiento científico* estricto o conocimiento guiado por la preocupación

---

[14] Tales críticas y discusiones recaen, no sólo sobre los problemas del objeto y el método del saber filosófico sobre el Derecho, sino también sobre el tema de su propia existencia. Por ello, este tipo de saber jurídico se muestra en la actualidad como algo radical y totalmente problemático. No resulta fácil, pues, precisar el contenido, el alcance y la función del conocimiento filosófico del Derecho, como tendremos ocasión de comprobar en la **Lección XVIII.**

[15] En efecto, la perspectiva práctica del saber jurídico se abrió bien pronto a la dimensión científica a través de un proceso en el que destacan por su relevancia el momento de la «iuris-prudentia» romana, la etapa de los glosadores, postglosadores y comentaristas, la incidencia de la «ciencia del Derecho Natural» y el definitivo impacto de la ciencia jurídica sistemática o «dogmática» del XIX, con toda su inmediata complejidad y fragmentación. Ver la **Lección XVII.**

[16] Por eso, se dedicará una lección completa (la XVI) a la explicación de esta manifestación del conocimiento jurídico, manifestación que, por presentar un carácter predominantemente técnico y por estar tan vinculado a las habilidades retóricas, ha podido ser calificado a menudo (siguiendo los pasos del gran jurisconsulto romano CELSO) como *arte*.

de delimitar y explicar el alcance normativo de cada una de las reglas contenidas en los respectivos Derechos (ordenamientos jurídicos) históricos. En la última fase de la historia, esta perspectiva se ha desarrollado con tal prepotencia que ha parecido agotar en ocasiones todas las posibilidades de manifestación del conocimiento jurídico. En efecto, debido al gran crecimiento interno y a la consiguiente independización de los diversos sectores o cuerpos de normas jurídicas (el civil, el penal, el mercantil, el administrativo, el financiero, el laboral, etc.), se ha producido dentro del conocimiento científico del Derecho un continuo despliegue de investigaciones sectoriales que se han integrado en la tupida trama actual de las ciencias jurídicas dogmático-sistemáticas. Por otra parte, esas investigaciones, constituidas en disciplinas académicas, ocupan hoy por derecho propio el núcleo representativo de los estudios jurídicos oficiales y se convierten casi siempre en el prioritario objeto de atención de los estudiantes que pretenden obtener una licenciatura en Derecho.

2. Panorama actual

En la situación actual, el horizonte de los saberes jurídicos incluye un cuadro sumamente amplio y fraccionado de conocimientos o «ciencias» que, aunque en ningún caso llegan a ser del todo independientes, sí son lo suficientemente distintos como para recibir un tratamiento científico y académico separado. Ese cuadro o mapa general del saber jurídico puede diseñarse hoy (una vez aceptada la exclusión de la perspectiva religiosa) de la siguiente forma básica:

1. *Area del saber jurídico práctico o técnico:*
   – Política jurídica
   – Jurisprudencia

2. *Area del saber jurídico científico:*
   – Ciencias fáctico-sistemáticas
   – Ciencias normativo-sistemáticas
   – Ciencias lógico-sistemáticas

3. *Area del saber jurídico filosófico:*
   – Teoría del conocimiento jurídico
   – Teoría fundamental del Derecho
   – Teoría del Derecho justo

En él se resume, desde la altura de nuestro tiempo, un largo proceso en el que se ha ido consolidando la progresiva multiplicación histórica y sistemática de los saberes sobre el Derecho. La propia funcionalidad introducto-

ria que corresponde a esta lección ha exigido que la primera referencia a cada una de las manifestaciones sea escueta y sumaria; tanto que ni siquiera permite asomarse a la compleja problemática interna que caracteriza a cada una. Más adelante se llevará a cabo un análisis mucho más detallado [17]. Por el momento, lo importante es tomar conciencia de que la andadura que inicia el estudio del Derecho avanza por un territorio agreste y complicado, por lo que resulta imprescindible tener un conocimiento inicial del mapa general. Es asimismo importante tener clara desde el principio la idea de que el Derecho, en cuanto objeto de reflexión o conocimiento, es una realidad que presenta unas características absolutamente peculiares, porque esas características son las que han determinado en última instancia, no sólo la fragmentación histórica del saber jurídico, sino también el derrotero que éste ha seguido en cada caso [18].

3. Posición que ocupa la Teoría del Derecho

Tal como atestigua el esquema general del número precedente, entre las tres grandes concreciones a que ha conducido la progresiva diversificación sistemática del conocimiento jurídico desarrollado desde la óptica filosófica, figura la «teoría fundamental del Derecho», teoría que es designada también con otros nombres equivalentes [19] y a la que (tanto en el título del libro como en este apartado) se le ha puesto la etiqueta de *Teoría del Derecho*, por fidelidad a la pertinente regulación legal [20]. Esta teoría, que tiene a todas luces un sesgo predominantemente filosófico, está constituida por aquel sector

---

[17] Como se ha indicado ya, la consideración pormenorizada de los rasgos de cada uno de los principales tipos de saber jurídico de la actualidad se expondrá en las **Lecciones XVI, XVII y XVIII.**

[18] Por otra parte, estos datos condicionan en forma inevitable, tanto la decisión sobre la selección de las cuestiones abordadas en este curso introductorio como la actitud y el adiestramiento exigibles a quienes tienen el propósito de hacer la licenciatura en Derecho.

[19] Entre ellas, «ontología jurídica», «teoría fundamental del Derecho» e, incluso, «teoría general del Derecho». Evidentemente, cada una de estas denominaciones tiene unas determinadas resonancias o connotaciones significativas que aconsejan y/o desaconsejan su empleo. El nombre que parece preferible es el de *teoría fundamental del Derecho*, ya que la reflexión designada desborda los límites y la orientación de la «ontología jurídica» y de la «teoría del Derecho», entendidas en su sentido histórico estricto. Sin embargo, se ha asumido esta última denominación por ser la establecida en la correspondiente reglamentación académica.

[20] Ver el *Real Decreto* 1424/1990, de 26 de octubre, en el que se fijaron las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho. Por eso, habida cuenta de que la primera parte de la actual Asignatura «Derecho Natural» coincide totalmente con el contenido didáctico y con el nombre de la disciplina «Teoría del Derecho» (disciplina que en el próximo futuro va a sustituir a aquélla en los planes de estudio de Derecho), resulta obligado dedicar un epígrafe específico, aunque sea breve, a la explicación de la orientación, las características y las cuestiones de que se ocupa esta rama o capítulo del conocimiento filosófico del Derecho.

de la reflexión jurídica que se ocupa de responder a la pregunta por la estructura o modo-de-ser (en otras palabras, la «naturaleza», la «esencia», el «ser»...) del Derecho, así como de dar explicación de las cuestiones directamente implicadas en esa pregunta: cuál es su razón de ser, cuáles son las raíces de su existencia y cuál es el destino o sentido último que actúa como fundamental diseño de su ser/existir. Para ello, deberá analizar la relación que une al Derecho con el hombre, en cuanto sujeto libre e independiente, y con la estructura de las relaciones en que los seres humanos desenvuelven realmente su vida, intentando descubrir su propia necesidad histórica y la función que cumple como ordenación específica de la convivencia [21].

Además, la Teoría del Derecho podrá y deberá perfilar una noción o concepto del Derecho en el que queden reflejados sus caracteres o rasgos diferenciadores esenciales. Para lo cual, parece imprescindible el análisis de las repercusiones estructurales que produce en el Derecho su vinculación con otros agentes determinantes de la organización social (tales como la moral, los usos sociales, la religión, el poder, la economía, la política o el Estado) que acompañan y condicionan su nacimiento, su desarrollo y su eficacia. Asimismo, se reconoce como competencia de la Teoría del Derecho la delimitación conceptual de aquellas categorías jurídicas que, por reflejar los elementos primarios de cualquier posible experiencia jurídica, parecen ser también referencias imprescindibles para articular una aceptable explicación teórica (científica o filosófica) de la realidad del Derecho. Y, finalmente, se atribuye a la Teoría del Derecho la tarea de desarrollar el análisis de la estructura y el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos históricos, en tanto en cuanto éstos poseen un mismo núcleo (estructural y dinámico) objetivo y permanente [22].

---

[21] Esta caracterización se apoya evidentemente en una visión o concepción del conocimiento humano y de la Teoría del Derecho que gravita sobre varios postulados primarios que pueden no ser compartidos por el lector. Entre ellos, el postulado de la existencia objetiva (al menos, en cuanto independiente del propio acto cognoscitivo del sujeto) de una estructura óntico-existencial (y, por lo tanto, universal, en el sentido de estar dotada de una estabilidad *históricamente* permanente) de la realidad jurídica. Asume también el punto de vista según el cual la definición del ser del Derecho ha de quedar orientada y determinada fundamentalmente por la función que éste desempeña en el proyecto de autorrealización que el hombre, en cuanto ser histórica y constitutivamente social, realiza dentro del contexto del mundo universo en el que vive. Y participa, asimismo, del reconocimiento de la posibilidad de acceder a una captación cognoscitiva del ser del Derecho, cuya veracidad (racionalidad) sea capaz de conseguir un (al menos, provisorio) estatuto de objetividad a través del proceso de negación/confirmación del análisis intersubjetivo.

[22] La inclusión de estos últimos temas o bloques de investigación confirma la sospecha de que existe una amplia zona de intersección entre los contenidos de esta rama de la filosofía jurídica y los de la doctrina o teoría general de las ciencias jurídicas. Sin embargo, las distancias cualitativas que se producen entre las perspectivas en que se colocan ambos tipos de investigación y entre las metodologías seguidas por cada uno de ellos hacen que la Teoría del Derecho a la que aquí nos referimos y la «Teoría General del Derecho» se inscriban inevitablemente en distintos círculos o niveles del saber jurídico.

La Teoría del Derecho se ocupa, pues, ante todo de desarrollar un tipo de análisis que sea capaz de fundamentar y de explicar críticamente la realidad jurídica. Y, por eso, su quehacer propio no puede agotarse en el examen empírico del Derecho positivo, sino que ha de adentrarse constantemente en consideraciones de calado filosófico orientadas a descubrir el sentido y la misión que corresponde al Derecho dentro del proyecto de la vida social del hombre y dentro del plan general de la organización de la sociedad.

LECCION II

EL DERECHO EN LA ORGANIZACION SOCIAL

I. La dimensión social de la vida humana

Los datos que proporciona la experiencia histórica parecen corroborar la existencia de una estrecha correlación (o, más aún, de una radical correspondencia) entre estas dos circunstancias: ser-hombre y vivir-en-sociedad. Parece legítimo, en consecuencia, establecer estas dos tesis complementarias: que los individuos humanos son hombres (es decir, sujetos que poseen la capacidad de comunicarse racionalmente) por cuanto son seres sociales y que son sujetos constitutivamente sociales en tanto en cuanto son hombres. La sociedad es, pues, el ambiente o medio natural de la existencia humana, tal como pone de manifiesto el propio desarrollo de esa existencia y la estructura y funcionamiento de la organización social [1]. Y puede afirmarse que

[1] Sin embargo, la vida social, en su sentido inmediato de «sociedad» o trama de relaciones y procesos sociales que los hombres tejen en su diario vivir, es una realidad que presenta una doble significación. Por una parte, se muestra como algo natural e inevitable y, por otra, aparece como un fenómeno puramente artificial, en cuanto que es una creación consciente, querida y planificada del hombre. Y, con esta ambivalencia, parece responder a la duplicidad de la estructura tendencial del hombre: de un lado, la tensión independendista o solipsista (es decir, egoista) y, de otro, la tendencia asociativa.

Ya desde antiguo, cuando los hombres reflexionaron sobre el fenómeno de la asociación humana, fueron formuladas dos explicaciones antagónicas de este hecho. Para unos pensadores, la vida en asociación con los otros no es más que la peculiar forma de existencia del ser humano. Para otros, en cambio, los hombres son por naturaleza asociales, egoistas y enemigos de la vida en común. Pero, al parecer, ninguna de las dos interpretaciones enfrentadas es capaz de explicar suficientemente por sí sola la vida social, ya que, en realidad, cada hombre es una síntesis antagónica de exigencias o necesidades de sociabilidad y de tendencias de insolidaridad individualista. Ni está predispuesto exclusivamente a un aislamiento egocéntrico, ni está únicamente lanzado hacia la asociación.

La conclusión de que la vida humana lo es en la medida en que se realiza como comunicación y convivencia llega a hacerse irrecusable si se realiza un análisis profundo de su estructura dinámica. En efecto, la vida de cada hombre se desarrolla y se consolida en la acción, consiste en una serie continua de actuaciones o actualizaciones. Ahora bien, al actuar o actualizarse, el hombre tiene que salir necesariamente de los límites existenciales que acotan el espacio cerrado de su individualidad,

la vida del hombre es verdaderamente humana en la medida en que se realiza como con-vivencia, como constante interacción o intercomunicación.

En efecto, todos los individuos humanos tenemos necesidad vital de la sociedad, por cuanto necesitamos continuamente un sinfín de soluciones y remedios, tanto para la satisfacción de las inmediatas necesidades biológicas (alimentación, salud, vestido, vivienda...) como para superar las urgencias o apetencias del espíritu. En todos esos aspectos dependemos de alguna forma de otros individuos que pueden contribuir con sus aportaciones a la solución de nuestras necesidades. Y, a su vez, estos individuos están también en dependencia frente a nosotros mismos y frente a otros para poder cubrir sus propias necesidades de naturaleza biológica o cultural. Se da, por tanto, en la vida humana un complejo y recíproco necesitar y ser necesitado, un constante y firme ensamblaje de correspondencias; cada individuo vive, actúa y se realiza dentro de los tupidos sistemas o constelaciones de relaciones que constituyen la estructura básica de la sociedad. Y, por eso, la vida humana está profundamente vinculada a los factores que determinan la estructura y el funcionamiento de la propia sociedad. ¿Qué factores son esos? Al menos, los que un somero análisis de la vida social, como el que se realiza a continuación, pone al descubierto.

Parece claro que el sistema de relaciones sociales a través del que se realiza la vida de cualquier sociedad comporta, en primer lugar, una mínima *unidad de acción* entre todos los miembros que integran el grupo. A su vez, el logro de esa unidad exige una *cooperación* básica y una *común participación* en todos aquellos elementos fundamentales que constituyen la plataforma sobre la que se sustenta la propia vida social. Tanto la creación, conservación y desarrollo del idioma (vehículo mínimo de entendimiento y comunicación) como la conformación de la religión, la filosofía, las ciencias y las artes o el perfeccionamiento de las actividades económicas y técnicas implican una múltiple concurrencia de esfuerzos por parte de todos los miembros que componen el grupo social. Así, todos los individuos se ven forzados a participar en alguna medida en la lucha por elaborar y perfeccionar los diversos mecanismos de respuesta a las múltiples, inmediatas y generalizadas necesidades con que tiene que enfrentarse a diario la vida social.

Por otra parte, esta cooperación constante es la que hace que en todos los grupos sociales estables se dé, al menos en su grado mínimo, la *integración* que les es imprescindible para mantenerse. La conservación de la vida social exige que los diversos individuos y grupos primarios que forman parte de los grupos sociales mayores acepten y desarrollen conjuntamente unas

---

irrumpiendo de este modo en un mundo exterior a su propio yo (en caso contrario, sería Dios). Y en ese mundo exterior coincide y se encuentra con otros varios sujetos que, al vivir y para vivir, han desbordado también los límites de su individualidad.

formas de pensar, valorar y actuar frente a las necesidades y los objetivos fundamentales de la colectividad, que sean básicamente coincidentes. De esta forma, el lenguaje, las creencias religiosas, las concepciones filosóficas, los idearios políticos, la actividad económica, los canónes artísticos... o cualquier otro ámbito de manifestación de la actividad social tiende a actuar como nexo de convergencia o cohesión que refuerza la mutua interdependencia a través de las múltiples relaciones y procesos que genera. Y, cuando esa coincidencia básica no se logra, o cuando, una vez conseguida, llega a desaparecer, entonces la convivencia social estalla y se fragmenta [2].

Ahora bien, ese ensamblaje y coordinación, cuya presencia es imprescindible, al menos en un grado mínimo, para el mantenimiento de la vida social, sólo pueden conseguirse a través de una *ordenación* explícita. Ni siquiera puede llegarse a imaginar la posibilidad de una convivencia permanente sin que se piense al mismo tiempo en la existencia de un orden social que delimite los diversos ámbitos de actividad de cada individuo. La presencia de unos sistemas de directrices o reglas de conducta que actúen como cauce orientador y como garantía de que la vida/actividad comunitaria se va a desarrollar según los módulos que en la sociedad han llegado a considerarse generalmente como adecuados resulta, pues, de todo punto imprescindible para la pervivencia de la sociedad, como se verá en las páginas que siguen [3].

Unidad de acción, cooperación y común participación en los elementos sociales básicos, integración o coordinación, tanto estructural como funcional,

---

[2] La sociedad proporciona al individuo formas de pensar consagradas, formas de valorar comúnmente admitidas, formas de expresarse o formas de actuar generalmente válidas... Es decir, le proporciona modos de vida que ofrecen una enorme garantía y unas ilimitadas ventajas por ser el patrimonio y la base de comunicación del grupo. Y el individuo, vitalmente consciente de los riesgos que implica el intento de diseñar por sí mismo en todos sus extremos el proyecto de su existencia, se refugia casi siempre en la comodidad de las soluciones colectivizadas que le ofrece la sociedad. Ahora bien, esto no quiere decir que su integración social suponga aceptar y cumplir de un modo inconsciente, irreflexivo, impersonal y automático esas formas generalizadas de expresarse, de conducirse o de actuar. La dimensión de colectividad no puede ahogar la dimensión de libertad individual, ya que el individuo no puede renunciar nunca, ni a su peculiar personalidad, ni a la responsabilidad que le incumbe como sujeto moral autónomo.

[3] De hecho, tal como demuestra la experiencia diaria, esos sistemas de normas están siempre presentes en todos los ámbitos del vivir colectivo: el idioma, la vida religiosa, el comportamiento moral, las relaciones de cortesía, la actividad jurídica, los intercambios económicos, la creación artística, el juego, la organización política, etc. Y ellos son los que canalizan por rutas estables y fijas la con-vivencia y co-laboración de los individuos, haciendo que sus conductas recíprocas sean casi totalmente previsibles. De este modo, se elimina, en la mayoría de los casos, el riesgo de que la incertidumbre y la inseguridad derivadas de una actuación arbitraria e incontrolada de los diversos sujetos desemboque en el caos de la vida colectiva y la consiguiente desintegración del grupo. La existencia de reglas de actuación es lo que garantiza a los miembros del grupo la calculabilidad del modo en que se va a desarrollar la interacción social, quedando así confirmada esa 'seguridad' de la propia vida que, según parece, es la meta suprema a que aspiran los individuos, incluso dentro de la trama social. Y, por otra parte, tales reglas actúan también como cauces inmediatos de entendimiento y coordinación de la múltiple concurrencia, en otro caso desordenada, de las actividades individuales dentro del apretado campo de la vida social.

y ordenación formal son factores imprescindibles para el correcto funcionamiento de la vida social. Y son también, en consecuencia, elementos que determinan el marco de posibilidades en que se va a desarrollar la vida de los individuos.

II. Control social y normas

Parece inevitable que la coordinación e integración que, como acabamos de ver, viene exigida por el normal funcionamiento de cualquier vida social desemboque finalmente en la aplicación, por parte del correspondiente grupo, de algún tipo de control social; en otro caso, sería difícil lograr el grado mínimo de organización colectiva. A su vez, esta organización presupone que cada grupo establezca los cauces regularizados de actuación para que sus miembros sepan lo que han de hacer en cada circunstancia y conozcan las consecuencias que tendrá para ellos su propia conducta en cada supuesto. Ambos aspectos han de ser analizados, por tanto, como premisa para entender las raíces del fundamental papel que corresponde desempeñar al Derecho en la organización de la vida social.

1. El control social

La necesidad del control social para el mantenimiento de cualquier sociedad resulta obvia. En efecto, toda vida social implica una cierta uniformidad básica de los comportamientos de todos los individuos, de tal modo que en alguna medida resulten siempre previsibles sus reacciones ante situaciones dadas, puesto que, sin la previsión de que el comportamiento de los demás componentes del grupo permanecerá constante dentro de unos límites razonables de tiempo, no podrá formularse ningún proyecto serio de actuación conjunta. A su vez, esta previsibilidad se asegura a través de la exigencia de conformidad de los individuos con los modelos de conducta que han conseguido una vigencia general. Y esa conformidad se consigue a través de un proceso dinámico que se designa con el nombre de *socialización*, proceso que consiste en una compleja acción educativa a través de la cual los miembros del grupo se hacen aptos para desempeñar las tareas correspondientes a los distintos papeles o roles sociales. De este modo, los individuos llegan a integrarse útilmente en el proyecto vital del grupo.

Ciertamente el proceso de socialización consigue su más alto grado de eficacia cuando los individuos interiorizan los modelos sociales de conducta haciendo suyas las directrices que la sociedad prescribe y los valores en los que esos modelos se inspiran. Sin embargo, no siempre se logra una acepta-

ción y asimilación espontánea. Con frecuencia, el comportamiento de los individuos se desvía de las directrices establecidas por el grupo y, entonces, éste se ve impulsado a utilizar diversos medios tendentes a prevenir o impedir los comportamientos desviantes, o, al menos, a eliminar o reducir aquellas consecuencias de los mismos que son consideradas nocivas. Pues bien, el conjunto de mecanismos y técnicas dirigidos a presionar sobre los individuos para obtener de ellos la conformidad de su comportamiento con las directrices de conducta establecidas por el grupo es lo que se llama de forma genérica *control social* [4].

Hay que configurar, pues, el control social como una manifestación del proceso de socialización, puesto que toda socialización (tanto la del individuo que pertenece al grupo desde su nacimiento como la del inmigrante recién incorporado) implica una presión colectiva para que cada miembro de la sociedad asimile y actualice las directrices que configuran los papeles, las relaciones y las instituciones sociales. Y, en esa medida, el proceso de socialización tiende siempre al sometimiento de los individuos a los principios de actuación que la propia sociedad establece en cada momento [5].

---

[4] Obviamente, los medios de que se sirven los grupos para conseguir la conformidad social de la actitud y de las conductas de sus miembros son numerosos y dispares. Por un lado, tales medios pueden ir desde la negación del cariño que los padres aplican a los niños desobedientes, pasando por la desaprobación y el menosprecio de los círculos sociales inmediatos, hasta la marginación, la reclusión carcelaria, las penas corporales o la misma muerte. Por otro lado, el control social se realiza también de forma gratificante, utilizando medios que van desde la distribución del afecto y el aprecio del grupo hasta la concesión de premios, ventajas o privilegios especiales. Pero, en todo caso y sea cual sea el medio utilizado, el ejercicio del control social se ajusta a un esquema de actuación consistente en vincular al comportamiento de los individuos una determinada consecuencia favorable o desfavorable para ellos.

Asimismo, el control social supone siempre la presencia de algún tipo de autoridad colectiva que se impone e influye sobre los individuos. A diferencia del 'autocontrol' o control que los individuos desarrollan para dirigir su propia conducta de acuerdo con los principios o valores que se han prefijado, el «control social» consiste siempre en una cierta presión de alguna autoridad. Incluso cuando llega a interiorizarse hasta el punto de que los individuos se someten a él y lo asumen inconscientemente, el control social implica una coerción de carácter colectivo que viene de fuera y que se dirige al sujeto con la pretensión de modelar su conducta según las convicciones vigentes en el grupo.

[5] El hecho social de este sometimiento es tan evidente en sí mismo que no requiere demostración alguna. Sin embargo, los impulsos profundos que llevan a la mayor parte de los miembros del grupo a someterse no resultan tan manifiestos. Sin duda, la motivación psicológica de este hecho es muy compleja. En primer lugar, parece claro que, al conformarse espontáneamente a los modelos impuestos de comportamiento, los individuos siguen un impulso egoista y buscan su propio interés, ya que la posición social de cada uno depende en gran medida de la aprobación y reconocimiento de los demás miembros del grupo. Pero, para explicar el fenómeno del sometimiento consciente al control social, hay que contar también con el dato importantísimo de que todo sujeto social normal ha desarrollado el sentido de lo bueno y de lo malo, sentido cuya fuente última está en la conciencia humana, pero cuyas expresiones concretas surgen y cristalizan en el proceso de socialización a que se ven sometidos los individuos. Este sentimiento de lo bueno y de lo malo es, según parece, la explicación más importante de por qué las personas se someten habitualmente de forma consciente y voluntaria al control social.

Como es obvio, el control social se da, en una u otra forma, en todos los niveles de la estructura social y actúa sobre los diferentes tipos de relaciones sociales, canalizando su presión a través de las múltiples instituciones que integran la estructura social y de los diversos grupos intermedios que constituyen los núcleos de radicación del individuo en la sociedad. Por otra parte, el control social opera en direcciones y con sentidos muy diversos, buscando la integración de los miembros del grupo por caminos dispares. Estos datos han conducido a los tratadistas a señalar la existencia de distintas clases de control social y de diferentes instrumentos o mecanismos a través de los cuales se desarrolla el control [6].

Sea cual sea la vía utilizada, lo que sí es siempre imprescindible es que la sociedad desarrolle algún tipo de control, ya que, para el mantenimiento de cualquier grupo, es esencial que sus miembros actúen dentro de un grado mínimo de conformidad social. Sin embargo, el nivel de esta conformidad y las formas de control varían profundamente de unas sociedades a otras. Así, mientras que resulta inevitable que en las sociedades complejas los controles sean expresos y formales, en los grupos primarios y en las sociedades simples los controles informales e implícitos suelen ser suficientes, ya que los individuos tienden a desplegar una sumisión espontánea al control ejercido en forma difusa por la organización institucional [7].

2. Las normas

Uno de los medios de control social que ha tenido un mayor protagonismo en la historia de los procesos de organización de los diferentes grupos han sido las normas, es decir, el conjunto de principios o directrices de actuación que rigen el desarrollo de la vida colectiva. Estas normas incluyen tanto los simples principios orientadores contenidos en los modos tradicionales y generalizados de conducta (las llamadas a veces *pautas de comportamiento*) como las directrices establecidas de una manera explícita y formal (designadas casi siempre con el nombre de *normas de conducta*) [8].

---

[6] Los principales *tipos* o clases de control social son: negativos-positivos, formales-informales, institucionales-de-grupo.

Los *medios* o mecanismos de control que intervienen de manera más habitual en el mantenimiento de la conformidad social son: la fuerza o violencia física, la compulsión o violencia psíquica, la educación, las tradiciones, la propaganda, las normas o el establecimiento y aplicación de criterios de distribución de los beneficios y cargas sociales.

[7] Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la eficacia de los diferentes tipos de control social varía de una sociedad a otra y cambia incluso, dentro de la misma sociedad, según los estratos sociales, las generaciones o las épocas.

[8] La contraposición (y la propia distinción) entre «pautas de comportamiento» y «normas de conducta» es discutible.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, a diferencia de épocas pretéritas ya lejanas, las normas o reglas de conducta que regularizan en la actualidad el comportamiento personal y social de los hombres se han diversificado en tipos normativos distintos. En las modernas sociedades, todos los grandes sectores de actividad humana y casi todas las organizaciones sociales específicas poseen sus propios códigos de normas. Se ha llegado, pues, a una notable multiplicidad de los códigos de normas Y esto ha ocurrido, no sólo por razón de la diversificación de los campos de actividad (moral, jurídico, convencional, económico, deportivo, político, educativo, urbanístico, penal, etc.), sino también en función de la especialización de las agrupaciones humanas que se integran en la sociedad total (familiar, mercantil, benéfica, docente, judicial, militar, sindical, etc.) [9].

Otro rasgo importante de las normas sociales de conducta es que no pueden ser consideradas como un mero producto artificial, secundario y de lujo de la vida social. Son, más bien, una consecuencia natural y un instrumento imprescindible para la consolidación y desarrollo de esa vida. En

---

Con la expresión «pauta de comportamiento» se designa a cualquier uniformidad de acción o de pensamiento que está presente de forma regular en la vida conjunta de una pluralidad de personas y que es asumida por esas personas como principio regulador de su actividad. Estas pautas de comportamiento social son modos generalizados y regularizados de actuar o de pensar que tienen la virtualidad de ser modelo y guía de las conductas o de las actitudes que la mayoría de los miembros del grupo reconocen como correctas. Así, el ir a la iglesia los domingos, el hacer tres comidas al día, el comprar automóviles a plazos, el ponerse en pie cuando se toca el himno nacional, el ceder el paso a los ancianos, etc., son formas de comportamiento que han llegado a constituirse en pautas sociales de conducta, de suerte que los individuos se amoldan a ellas por lo general y están convencidos de que ese es el modo como deben conducirse.

A su vez, la etiqueta «normas de conducta» suele aplicarse solamente a los principios, leyes o reglas que han sido creados mediante una decisión racional consciente y que son establecidos e impuestos con unas ciertas formalidades y de una manera explícita, teniendo, en consecuencia, un carácter intensamente reflexivo. Es evidente, sin embargo, que la diferencia entre «pautas de comportamiento» y «normas de conducta» es lo suficientemente tenue como para que a menudo no se haga distinción entre ambos tipos de directrices de la conducta.

Ahora bien, estos dos tipos de normas sociales, aunque coinciden en su sentido directivo o regulador, difieren notablemente en su grado de formalización. Y, así, mientras que las pautas de conducta son sólo directrices implícitas, las normas están mucho más formalizadas y definidas, son explícitas y más fácilmente identificables y vienen respaldadas siempre por un sistema de sanciones fuertes. Ellas son las que constituyen el núcleo duro de la normatividad social.

[9] El factor más influyente en esa multiplicación de las normas de conducta es sin duda la creciente complejidad de la propia vida social, pero hay otros muchos factores que inciden en el proceso de distinción tipológica de las normas. Así, los cambios producidos en el universo axiológico del grupo, la aparición de nuevos problemas o necesidades en la convivencia, la incidencia de los conflictos y la experiencia de sus diferentes soluciones, etc.

Por otra parte, entre los variados códigos de normas de conducta que la creciente complejidad de la vida social ha ido originando, destacan como especialmente importantes estos tres: el código moral, el código legal o jurídico y el código de los usos sociales. Ellos son los conjuntos de reglas que, de una manera más constante y más intensa han actuado siempre en el seno de todos los grupos sociales para lograr la acomodación de las conductas de los individuos al modelo «oficial» de comportamiento. Y han sido también, por tanto, los instrumentos de control social más generalizados y efectivos. (Ver el análisis contrastado de estos tres códigos básicos en las **Lecciones V y VI**).

efecto, la necesidad de asegurar y estabilizar el futuro del grupo, junto con la presión ejercida por la lenta y laboriosa experiencia social de los hombres, ha desembocado en la formulación de unas máximas o principios de acción que finalmente adquieren concreción, fuerza y duración estables.

De esta forma, tanto el origen como el destino final de las normas de conducta confirman su carácter de elemento constitutivo necesario de la vida social. Dentro de ella, las normas de conducta son las que tienen atribuida en forma prioritaria la función de desarrollar un control explícito del comportamiento social en orden a impedir cualquier posible desviación de los individuos que ponga en riesgo la estabilidad y permanencia de la propia sociedad. Y, en esa medida, son el agente estructurador más generalizado y activo de la vida social.

III. La vinculación entre la vida social y el Derecho

Dentro del diversificado complejo de normas de conducta que guían el dinamismo de la sociedad, hay un tipo de reglas cuya compenetración con las necesidades y exigencias de la vida social, no sólo es profunda y permanente, sino que es también decisiva para la configuración de ambos. Este tipo de reglas es el que ha llegado a ser designado con el nombre de «Derecho», de modo que la relación entre éste y la vida social es tan estrecha que debe ser reconocida como esencial o natural.

El propio lenguaje ordinario, que suele ser siempre veraz espejo en el que aparece reflejada la realidad primaria de las creaciones culturales, vincula el significado del término «Derecho» a la vida social. En efecto, la mayoría de las muestras del uso lingüístico en que aparece la palabra Derecho manifiestan a éste como un fenómeno cuya virtualidad se actualiza invariablemente en el ámbito de las relaciones de diverso tipo que establecen unos hombres con otros [10]. Hay, por tanto, una conciencia generalizada de que el Derecho es una realidad que atañe de forma inmediata a las relaciones que los hombres establecen entre sí dentro del marco de la vida colectiva [11].

---

[10] Así, por ejemplo, la expresión «tener derecho a...» indica que los sujetos a quienes corresponde ese pretendido «derecho» tienen atribuida la posibilidad de actuar de una determinada forma frente a otros sujetos sociales, de tal modo que éstos están obligados a soportar su actuación y a no interferir en ella. Y, cuando cualquiera afirma que «no hay derecho a... », pretende poner de relieve que no es justo que, en la trama de la organización social (es decir, en el sistema de las relaciones de unos hombres con otros) se den esos determinados hechos a los que se hace referencia. De igual modo, cuando se habla de «Derecho español», «Derecho alemán», «Derecho italiano», etc., se alude inequívocamente a aquellos conjuntos de normas jurídicas que regulan las relaciones sociales de los ciudadanos españoles, alemanes o italianos...

[11] Esa conciencia es clara incluso en aquellos supuestos en que el Derecho parece regular sucesos o situaciones provocados por animales o cosas: propiedad de los animales salvajes o domésti-

Por otra parte, se piensa también de manera generalizada que esa estrecha vinculación que existe entre el Derecho y la vida social se realiza en sentido doble y recíproco: el que lleva del Derecho a la vida social y el que conduce de la vida social al Derecho. No sólo puede constatarse que el Derecho hace siempre y sólo referencia a las relaciones sociales que los hombres desarrollan, sino que puede comprobarse también que allí donde existen relaciones sociales, allí donde se desarrolle un mínimo de vida social, allí está presente el Derecho, tal como pone de relieve el viejo aforismo latino *ubi societas, ibi ius; ubi ius, ibi societas.* El Derecho solamente surge donde hay alguna manifestación de vida social y ésta comporta, a su vez, en forma ineludible la presencia de la regulación jurídica. La relación entre la vida social y el Derecho no puede ser explicada, en consecuencia, como un fenómeno accidental o accesorio, sino como una exigencia que deriva de la propia estructura y funcionalidad de ambas realidades.

Obviamente, esta constatación impone unos condicionamientos decisivos a cualquier proyecto de caracterización esencial del Derecho, puesto que obliga a reconocer que ese Derecho estará siempre vinculado y supeditado, tanto en su orientación y desarrollo como en su mismo modo de ser y actuar, a las exigencias de la vida comunitaria. Su destino natural le lleva a subordinarse totalmente al objetivo de contribuir al correcto funcionamiento de todas las relaciones y procesos en que se plasma esa vida. Por otra parte, esta subordinación hace que sus diferentes configuraciones históricas dependan, no sólo de los factores directamente jurídicos, sino también de todos aquellos elementos o principios sociales que vienen a condicionarle desde el exterior [12], determinando el contenido y la orientación de la regulación jurídica.

En efecto, parece obvio que el conjunto de los factores o principios sociales que no son propiamente jurídicos influya en la determinación de las materias o campos de relaciones sociales que son objeto de la regulación jurídica, de tal modo que esas materias o campos lleguen a variar notablemente de unas sociedades a otras. Es cierto que hay algunos tipos o ámbitos de las relaciones sociales que, por afectar a bienes, intereses o valores considerados de manera general como indispensables para el mantenimiento de la convivencia pacífica, son objeto de regulación jurídica en todas las socieda-

---

cos, pertenencia de los árboles o tierras arrastradas por un aluvión, daños producidos por automóviles, paredes ruinosas o animales sueltos, etc. En estos casos, la reglamentación que establece el Derecho va inmediatamente dirigida, no a los animales, automóviles, paredes, árboles o tierras, sino a las relaciones de unos hombres con otros, en cuanto que la acción de las cosas o los animales da origen a situaciones que afectan de algún modo a las respectivas posiciones jurídicas que los hombres ocupan en esas relaciones.

[12] Como las creencias religiosas, las convicciones éticas, los idearios políticos, las costumbres, la actividad y los intereses económicos e incluso los avances científicos y técnicos. Recuérdense las consideraciones hechas en la **Lección I** sobre las implicaciones de la dimensión fáctica del Derecho.

des y en todas las épocas [13]. Pero hay también otros múltiples sectores de las relaciones sociales cuya inclusión o no inclusión dentro del ámbito de la normatividad jurídica depende de la importancia que se les atribuya por la incidencia de los factores religiosos, políticos, económicos, morales, etc. [14].

Por otra parte, el sistema social incide también sobre el Derecho determinando profundamente la orientación y el alcance de la regulación que éste impone al desarrollo de las relaciones sociales que regula. Estas presentan siempre un cierto orden interno, una especie de bosquejo o proyecto de reglamentación que viene determinado por la presión de los intereses o de las ideas predominantes de la sociedad en ese campo. Y, aunque el Derecho ni es nunca un simple reflejo de la ordenación natural y prejurídica de la realidad social ni se reduce a actuar como mero reforzamiento o formalización de esa ordenación, tampoco puede establecer su regulación como si fuese un puro principio ideal de ordenación. Consecuentemente, la orientación que los diferentes núcleos o sectores de normas jurídicas incorporan es siempre un resultado contingente (y, por tanto, variable) de la convergencia y armonización de las exigencias que proyectan los principios jurídicos generales con las convicciones o intereses sociales que están presentes en las relaciones que son objeto de regulación [15].

Así, lo que el Derecho de cada pueblo es en cada momento viene determinado por el modo de ser de la sociedad en la que actúa. Y, paralelamente, el perfil de la estructura básica de cualquier sociedad es en buena medida el resultado de la acción conformadora de su Derecho. La vida social no puede subsistir sin la presencia de diversos códigos de normas de conducta, pero su vinculación con ese peculiar tipo de reglas que ha llegado a ser designado con el nombre «Derecho» es tan fuerte y profunda que ni la sociedad podría existir sin el Derecho ni éste podría ser entendido fuera del contexto de la vida social.

---

[13] Así ocurre, por ejemplo, con las agresiones a la vida, a la integridad física y moral o a la propiedad (privada o pública), con la organización de la vida familiar, con el tráfico o intercambio de bienes y servicios, con el ejercicio del máximo poder social decisorio, etc.

[14] Tal es el caso de la confesionalidad del Estado, del tráfico viario, de la edición y distribución de las publicaciones, de la jurisdicción marítima de los países, de la captura de determinadas especies animales, etc. Resulta, pues, patente que los diversos elementos importantes del sistema social influyen decisivamente en la proyección del Derecho sobre el ámbito de las relaciones sociales, de tal modo que el contenido concreto de cada ordenamiento jurídico viene determinado en gran medida por la presión de tales elementos.

[15] Por eso, cuando dichas convicciones o intereses cambian, se modifica también el alcance y el sentido de las respectivas normas jurídicas. Así, por ejemplo, cuando predominaba en las sociedades la unidad de creencia religiosa y cuando ésta se ligaba tan íntimamente con la organización política que llegaba a identificarse la unidad y el orden religioso con la unidad y el orden jurídico-político, el Derecho castigaba la disidencia religiosa (la herejía) como un delito gravísimo. Pero, cuando se desarrolla ampliamente el proceso de secularización de la vida social y política, cuando se produce en el seno de las sociedades una gran fragmentación en la actitud religiosa, de tal modo que el valor de la libertad de conciencia predomina sobre los valores de la verdad y de la unidad de creencia, entonces el Derecho rechaza y castiga como delito, no la rebeldía religiosa, sino los ataques a la libertad de creencia y conciencia.

LECCION III

DERECHO, RELIGION Y ECONOMIA

I. Evolución histórica de las relaciones entre Derecho y Religión

La exposición que sigue se sitúa dentro de un análisis de corte histórico-sociológico [1]. Consecuentemente, las reflexiones que se van a hacer responden a la preocupación de clarificar las relaciones que han existido entre el Derecho y la Religión en el mundo occidental, entendiendo a ambos como formas históricas de orientación de la vida humana, como factores directivos de la conducta que han actuado simultáneamente en todas las sociedades [2].

Dentro de este planteamiento, la pregunta más importante es la de si el Derecho es una realidad naturalmente vinculada a la Religión y mediatizada por ella o si es más bien un tipo de regulación cuyo sentido comienza y acaba en el ámbito estricto de la vida social. Sin embargo, preocupa también saber cómo y en qué medida el Derecho ha llegado a ser influido y determinado por ese otro permanente protagonista de la vida social, que es la Religión.

Pues bien, siguiendo esta línea, puede señalarse la presencia de tres grandes estadios en la evolución de las relaciones entre el Derecho y la Religión:

---

[1] Las relaciones entre Derecho y Religión pueden ser analizadas también dentro de una perspectiva filosófica. En ésta, el problema se analiza partiendo del supuesto de que la Religión y el Derecho son dos formas o cauces abstractos de desarrollo de la vida humana, es decir, dos diferentes dimensiones posibles dentro de las que el hombre puede encauzar el desarrollo de su vida. Bajo esta perspectiva, Derecho y Religión aparecen primordialmente como formas o tipos puros de regulación del comportamiento humano, como dos caminos dispares que canalizan la realización existencial del hombre. La Religión es la forma en que predominan los aspectos de individualidad y trascendencia. El Derecho es, en cambio, la forma en que priman las implicaciones de colectividad e inmanencia social.

[2] El dato de la estrecha conexión que se ha dado históricamente entre la Religión y el Derecho es ya generalmente conocido, al menos en sus líneas generales. Por una parte, el contenido y la orientación de la regulación jurídica han sido determinados en múltiples ocasiones por las creencias religiosas. Y, por otra, las Religiones han sufrido casi siempre un progresivo proceso de juridificación de su sistema de verdades y creencias.

la fase de simple confusión o indistinción, la fase de la separación teórica y la fase de la independencia efectiva.

1. La fase de la fusión o indistinción

Hay una larga etapa histórica (a la que puede aplicarse la calificación de «primitiva») que se caracteriza por una amplia y profunda indistinción o confusión espontánea de los diversos tipos de directrices incluidos en la normatividad que dirigía la vida de los individuos dentro de los grupos humanos. En esa etapa, los sistemas de principios o normas de conducta que más tarde fueron identificados como Derecho o como Religión estaban diluidos dentro del bloque indiferenciado de la normatividad social. Y, según los datos de que disponemos en la actualidad, puede afirmarse que, a lo largo de toda esta primera fase, la Religión envolvía totalmente la vida de los individuos y de los grupos hasta en sus más mínimas manifestaciones. Consecuentemente, durante esta etapa, las manifestaciones todas de la vida social estaban dominadas por la dimensión religiosa [3], de modo que los diferentes medios o mecanismos de control social (entre los que se encontraba ese complejo de reglas de comportamiento que hoy se designa con el nombre de *Derecho*) quedaban también profundamente mediatizados por las exigencias de la instancia religiosa [4].

Las «costumbres» inveteradas de los pueblos culturalmente primitivos constituyen una manifestación típica de esta fase. Tales «costumbres» o «mores» tienen el carácter de auténticas leyes formales que vinculan a los individuos en todas las manifestaciones de su vida con la irresistible autoridad que le proporciona su procedencia de los antepasados y de los dioses. De ahí que, tanto el sometimiento a la «costumbre» como su transgresión y el consiguiente enjuiciamiento social, tengan una dimensión

[3] Incluso puede llegarse a la conclusión de que la Religión ha sido la matriz de todos los pueblos o naciones, en el sentido de que ha actuado como germen de autoidentificación cultural y política de dichos pueblos.

[4] Hay dos imágenes históricas paralelas en las que se plasma esta constatación con una enorme fuerza gráfica: una está reproducida en la estela de Hammurabí, la otra ha sido transmitida por las antiguas escrituras sagradas (Viejo Testamento) del cristianismo. En la primera, el dios SHAMASH entrega al rey las tablas de la ley que éste se encarga de hacer cumplir a su pueblo. En la segunda, Moisés recibe de YAVHE, en el Sinaí, las Tablas de la Ley en que están grabados los mandamientos que impone a su pueblo elegido. Ambas imágenes dan testimonio de la necesidad que tiene siempre el hombre de que haya en el principio del principio un poder absoluto del cual reciba el Derecho su virtualidad vinculante. Cuando la cultura ha llegado a estar dominada por la razón laica, el milenario mito ha recibido una expresión lógica a través de categorías como la «voluntad general» de J. J. ROUSSEAU o la «norma fundamental hipotética» ideada por H. KELSEN.

estrictamente religiosa y se canalicen a través de procedimientos y fórmulas rituales y mágicas [5].

2. La fase de la separación teórica

El avance de la tendencia secularizadora en la vida social fue debilitando progresivamente la fusión o identificación del Derecho con la Religión e impuso por fin una visión del mundo en la que la normatividad jurídica y la vida religiosa aparecían como dos ámbitos o círculos vitales diferentes y en no pequeña medida separados [6].

El proceso fue lento y se prolongó durante los últimos siglos que precedieron a la aparición del Cristianismo. Por ello, esos siglos pueden considerarse como el momento histórico en que se produjo el nacimiento del Derecho en cuanto normatividad social típica. Por otra parte, y contra lo que pudiera parecer razonable pensar, el Cristianismo ha jugado un papel importante en la aventura de la escisión teórica entre lo jurídico y lo religioso. Es incuestionable que la doctrina del cristianismo incluye un mensaje de inmediata y radical desacralización de la vida política, una profunda separación entre el reino de Dios y el reino del César [7]. Por ello, ha de considerarse que la doctrina cristiana, al menos en los planteamientos iniciales, tuvo un enorme valor teórico para la separación entre el Derecho y la Religión.

---

[5] Esta normatividad global confusa, de carácter profundamente religioso, ha dirigido la vida de las sociedades hasta momentos muy avanzados de su historia. A título de ejemplo, pueden identificarse vestigios claros de la misma en la Grecia inmediatamente preclásica o en Roma, cuyas instituciones jurídicas básicas están bañadas por el principio de sacralidad y no se explican sin él. Las «leyes superiores» de los griegos y las «mores maiorum» o «mores patriae» de los romanos, e incluso el juramento y las ordalías o juicios de Dios de la Edad Media, son monumentos históricos que demuestran la larga inclusión del Derecho en el omnipresente seno de la Religión. Pero los ejemplos no se agotan en la antigüedad. Todavía existen en los ordenamientos jurídicos actuales abundantes vestigios de la profunda penetración que lo religioso ha llegado a tener en el Derecho.

[6] Esta actitud puede detectarse ya en Atenas en los últimos años del siglo VIII anterior a nuestra era, pero no llegó a adquirir una presencia social generalizada hasta recibir el impulso teórico de los Sofistas. Sin embargo, la separación entre Derecho y Religión no fue en ningún momento ni tajante, ni total, ni mucho menos definitiva. Es prueba de ello el hecho de que la Justicia siguió siendo considerada como una diosa y que se siguió asimismo pensando que las leyes de la ciudad tenían su origen y su fundamento último en los designios de la divinidad.

[7] Los testimonios directos son innumerables. En la parábola de los obreros de la viña, Jesucristo rompió totalmente los esquemas del Derecho y de la justicia humana para abrir paso a la libérrima acción de la gracia y bondad divina. Y en la parábola del mayordomo infiel (cuya conducta previsora, aunque incuestionablemente fraudulenta y delictiva, es alabada y ensalzada), Jesucristo seccionó de una manera mucho más tajante y sorprendente la unión entre el reino de Dios y los principios de la justicia humana.

El nuevo orden a que aspiraba la comunidad cristiana no se apoyaba, pues, en la justicia, sino en el amor. Por eso, el Derecho, que reclama de quienes le sirven la actividad de juzgar y la lucha contra la injusticia, entraba en conflicto con las exigencias de la creencia religiosa.

Sin embargo, la distinción teórica no condujo hasta la separación práctica. A pesar del descubrimiento de la respectiva peculiaridad de la vivencia religiosa y del mundo jurídico, no sólo no se llegó a consumar la escisión efectiva entre ambos, sino que se produjo más bien una creciente aproximación entre las realidades y los valores del mundo de las relaciones jurídicas y los principios y exigencias del reino de Dios. Así, llegó a producirse incluso una nueva y profunda impregnación religiosa del Derecho, por cuanto éste fue entendido y explicado como parte de la legalidad general que dirigía los pasos de los hombres hacia la meta de su santificación y salvación ultraterrena, según los designios de la Divinidad [8].

3. La fase de la independencia efectiva

Con el inicio de la Edad Moderna, se abrió paso la definitiva separación y desvinculación de Religión y Derecho. El éxito de ese proceso se debe sin duda a la generalización de unos nuevos esquemas culturales y, sobre todo, a la ruptura de la unidad religiosa y a la consiguiente influencia del espíritu de la Reforma [9].

En efecto, la fractura de la unidad religiosa europea, con el consiguiente pluralismo de creencias que se desarrolló en el seno de casi todas las sociedades, fue conduciendo en forma progresiva a la neutralidad ética del Derecho, es decir, a su desvinculación de la Moral religiosa. El Derecho comenzó a ser visto cada vez más como un fenómeno pura y estrictamente humano,

---

[8] Eso es lo que ocurrió, al menos, en aquellas áreas culturales dominadas por las concepciones teocráticas, especialmente en los pueblos que llegaron a ser «oficialmente» cristianos o mahometanos.

Por otra parte, este nuevo vínculo de subordinación del Derecho a la Religión, terminó afectando por igual a ambas realidades. Si, de una parte, la Religión condicionaba y determinaba la orientación y hasta el contenido del Derecho, de otra, la propia Religión se veía influída también profundamente por el Derecho, hasta el punto de sufrir un progresivo proceso de juridificación. Las relaciones de influencia eran, pues, no sólo fuertes y estrechas, sino también recíprocas.

[9] La reforma, que fue inicialmente un intento de espiritualización o purificación a través de la vuelta a los esquemas y al espíritu del cristianismo inicial, quería poner a todo hombre en relación inmediata con Dios sin la mediación de la Iglesia organizada, por lo que propició que surgiera de nuevo en los cristianos la contradicción entre el punto de vista jurídico y la óptica del sermón de la montaña. Pero también esta doctrina de la separación entre el reino de la vida temporal y el reino de la salvación se fue difuminando progresivamente hasta casi desaparecer. Sin embargo, hay todavía voces (K. BARTH, H. H. WALZ, E. WOLF...) que insisten en la contradicción manifiesta que existe entre las reglas del Derecho y la ley del amor.

Parece obvio, por otra parte, que la separación inicial desencadenara un rápido proceso de laicización general de la vida social. Al igual que el Derecho, la actividad política y las relaciones económicas iniciaron también el camino de la liberación de los condicionamientos y exigencias que les venía imponiendo la tradicional subordinación a la Religión. Y esta tendencia dio origen a una reacción en cadena de efectos múltiples, algunos de los cuales fueron genialmente señalados por M. WEBER en su discutido libro «La ética protestante y el espíritu del capitalismo».

ajeno a los problemas o los condicionamientos de origen religioso y sustraído al control de la divinidad [10].

Así, llegó a pensarse que el Derecho es una construcción de la razón o de la voluntad del hombre, un producto natural o espontáneo de la vida social. Esta conclusión no impidió, sin embargo, que la designación concreta del elemento o agente creador de las normas jurídicas haya variado en las diversas épocas y según las diferentes concepciones [11]. En todo caso, la reducción del Derecho a la estricta dimensión de las relaciones sociales fue ya una convicción profunda que ha animado a la mayor parte del pensamiento jurídico-político, al menos, a partir del siglo XVII.

4. El panorama actual

Esta es también la visión o tendencia que predomina en la actualidad. En armonía con la concepción laica de la política, hoy se piensa generalmente que el Derecho es una realidad independiente de cualquier tipo de condicionamiento o mediatización de origen religioso, una realidad que queda completamente enmarcada dentro del ámbito de las relaciones humanas naturales.

Sin embargo, esta tendencia, aunque predominante, no es exclusiva. Subsisten aún amplios sectores del pensamiento jurídico y filosófico-jurídico que siguen afirmando la fundamentación divina de todo orden jurídico y la consiguiente subordinación del Derecho positivo a las exigencias de la creencia religiosa. Son los continuadores de la vieja tradición, típica

[10] La proclama formulada por A. GENTILI en 1612 exigiendo a los teólogos que se abstuviesen de inmiscuirse en los problemas propios de la teoria jurídica es suficientemente sintomática en este aspecto. Y la conocida afirmación de H. GROCIO, hecha unos años más tarde, de que «el Derecho natural existiría aún en la hipótesis de que Dios no existiera o aunque no se ocupara de la existencia humana», refleja ya de manera clara que el Derecho ha conseguido desligarse e independizarse de la Religión. Por eso, los autores del iusnaturalismo racionalista abrigaban el proyecto, tal como proclamara de manera explícita S. PUFENDORF, de encontrar, a través de la formulación del Derecho natural de la razón, un Derecho que, por estar al margen, por encima y más allá de las diferencias religiosas, étnicas o nacionales, fuera una normatividad con validez universal.

[11] Para unas concepciones (por ejemplo, el iusnaturalismo racionalista), el origen del Derecho está en la razón aislada de los individuos, mientras que, para otras (por ejemplo, el positivismo legalista), está en la racionalidad colectiva cristalizada en el poder político legítimamente organizado. Algunos autores (por ejemplo, los del romanticismo y los de la escuela histórica) han afirmado que el Derecho es el producto natural del impulso irracional de un pretendido espíritu colectivo: el espíritu de la comunidad social. En cambio, otros autores (por ejemplo, los seguidores del positivismo sociológico) han sostenidon que es el resultado directo de los diversos intereses y fuerzas que operan en el seno de las sociedades, o han proclamado más expresamente (así, el socialismo marxista) que es el efecto de la interrelación de las condiciones económicas que sostienen a las sociedades clasistas.

de las culturas teocéntricas, según la cual todas las realidades humanas están orientadas a la realización del reino de Dios en el mundo [12].

Por otra parte, la experiencia diaria da testimonio de un hecho que, por ser habitual, ni siquiera resulta sorprendente: la presión que la Religión sigue ejerciendo, a través de las organizaciones religiosas, sobre la configuración del Derecho. La Religión, que es aún un factor muy importante de las convicciones éticas de la mayoría de los pueblos, sigue actuando también como un poderoso principio de presión social, llegando a convertirse a menudo en uno de esos poderes fácticos que son, al parecer, los que deciden en última instancia los derroteros de la organización política y jurídica de los Estados.

Nos encontramos, pues, en la época actual, en lo referente al problema de las relaciones entre el Derecho y la Religión, en una situación bastante paradójica. Por un lado y a nivel teórico, se piensa generalmente que, en virtud de la enorme fragmentación moral y religiosa que existe en el seno de las sociedades, los Estados y, consecuentemente, también el Derecho deben ser totalmente neutros desde el punto de vista religioso. Mas, por otro lado, se asume asimismo de forma general la convicción de que, ateniéndose a los principios de la organización democrática y de la libertad de creencia y conciencia, las organizaciones religiosas están perfectamente legitimadas [13] para presionar en los resortes del poder a fin de conseguir una configuración del orden jurídico adecuada a su concepción de la vida humana y de la sociedad.

II. Relaciones entre Derecho y Economía

Sorprendentemente, hasta el siglo XIX no se llegó a tener una conciencia explícita de la gran importancia que correspondía a la economía en el conjunto de los factores condicionantes del orden social general. Sin embargo, esta situación fue bruscamente modificada cuando la actividad económica experimentó una intensa aceleración en su crecimiento y en su progresiva complejidad. En ese momento, al adquirir una importancia social de primer orden, la economía se constituyó también en objeto de una peculiar investigación científica que dio paso al nacimiento de la ciencia económica. Asimismo, con la implantación y desarrollo de esta ciencia, comenzó a exten-

[12] Este punto de vista defiende consecuentemente que el estudio del Derecho (especialmente el filosófico) no puede circunscribirse en una explicación exclusivamente fenoménica, intramundanal y positivizante, sino que, en su calidad de correcta explicación integral, debe abrirse a la dimensión de la divinidad, sin la cual ni el hombre ni sus obras encuentran explicación suficiente.

[13] Con el mismo derecho que las asociaciones profesionales, los partidos políticos o los sindicatos de obreros y empresarios.

derse la convicción de que la economía es un sector de la actividad humana social regido por leyes propias independientes y capaz de influir decisivamente en la evolución de los otros campos de la actividad social. De esta forma, llegó a generalizarse el planteamiento de las cuestiones relativas a la dependencia o independencia de la economía respecto de la Moral y el Derecho, primeramente de una manera implícita y refleja y después de una manera expresa y directa.

1. El estado de la cuestión

Dejando de lado otros varios enfoques posibles [14], esta exposición se centrará en el examen de las relaciones que se dan entre el Derecho y la Economía en cuanto que ambos son elementos integrantes de un orden social determinado [15]. No se entra, por tanto, ni en el ámbito de la reflexión propiamente filosófica ni en la problemática correspondiente a la perspectiva científica.

---

[14] Al referirse al tema particular de las relaciones entre la Economía y el Derecho, es necesario advertir que una gran parte de los estudios sobre el mismo adolecen de una sorprendente ambigüedad en el planteamiento y, a menudo, de un grave confusionismo en el desarrollo. Esto ocurre porque tales estudios no dan la importancia que se merece al hecho de que ambas categorías incluyen planos o dimensiones diferentes y pueden ser, consecuentemente, analizadas dentro de perspectivas distintas.

En efecto, tanto el Derecho como la Economía pueden ser contemplados desde, al menos, tres puntos de vista dispares: el filosófico (orientado a la captación del sentido y de las implicaciones de la existencia humana en su totalidad integral), el científico (centrado en la consideración de los sistemas de conocimientos correspondientes a la Economía y al Derecho) y el fenomenológico (volcado hacia las manifestaciones de la experiencia jurídica y de la experiencia económica, es decir, hacia los aspectos que el Derecho y la Economía ofrecen en cuanto elementos dinámicos e históricos de la vida social).

Las consideraciones de la mayoría de los autores no se detienen ante esta decisiva distinción y cruzan constantemente y de manera a menudo desordenada las fronteras que separan un aspecto de otro. El resultado inmediato de esa inadvertencia es que se mezclan y se confunden las referencias a matices que son propios del plano filosófico o del plano científico con alusiones a rasgos típicos de la dimensión normativa o de la sociológica. Así, no es infrecuente que los análisis sobre las relaciones entre la Economía y el Derecho enfrenten consideraciones y argumentos relativos a la Economía en cuanto ciencia con observaciones referidas a los caracteres del Derecho en cuanto ordenación de la vida social. Esta indistinción de planos de análisis tan dispares entre sí como son el ámbito de las realidades sociales y el ámbito de las consideraciones filosóficas o científicas ha llegado a sumir el tema de las relaciones entre Economía y Derecho en una trama de obscuridad difícilmente penetrable. Por eso, es menester insistir en la necesidad de mantener siempre la discusión dentro del planteamiento estricto que corresponde al plano en que se sitúe en cada caso el análisis.

[15] Partiendo del supuesto de que el Derecho es sustancialmente regulación de la actividad de los ciudadanos dentro del ámbito de la vida social, se pretende fijar ante todo la medida y el modo en que esa regulación viene influida y predeterminada por el sistema de las relaciones y procesos económicos. En menor medida y de manera indirecta aparecerá también, al mismo tiempo, la influencia que el sistema de normas jurídicas proyecta sobre el desarrollo de las relaciones y procesos económicos.

Ahora bien, esta reducción no resuelve todos los problemas. Hay que tener en cuenta que la elaboración doctrinal que se ha desarrollado en torno a este punto ha dado lugar a planteamientos y explicaciones muy dispares. Así, tras la conocida interpretación tradicional que no diferenciaba la actividad económica del resto de los comportamientos humanos sometidos a la regulación ética, floreció la doctrina del liberalismo, basada en la afirmación de la peculiaridad radical de la Economía y de su independencia natural frente a la Moral y el Derecho. A su vez, frente a la concepción del liberalismo, surgió el materialismo histórico para subrayar la dependencia de la Moral y el Derecho respecto de las relaciones económicas. Mas el propio materialismo ha sido objeto de una vigorosa reacción que reivindica la primacía de la normatividad jurídica o incluso la identidad entre ésta y la actividad económica. De este modo, a través de las profundas transformaciones experimentadas por la visión básica del problema, se han ido perfilando las dos grandes posiciones antagónicas que en la actualidad son consideradas todavía como las dos únicas soluciones alternativas posibles: la que hace del Derecho un producto derivado de la Economía y la que conceptúa a ésta como una actividad primaria que está sometida a la regulación jurídica y configurada por ella.

2. Visión del Derecho como función de las relaciones económicas

Según la doctrina liberal, la única posibilidad para alcanzar el pleno bienestar y la felicidad general de los miembros de la sociedad es dejar que las relaciones económicas se desarrollen de tal modo que se garantice al máximo el libre juego de la iniciativa individual. Consecuentemente, el Derecho y el Estado han de actuar como simples vigilantes cuya misión se reduce a asegurar el correcto funcionamiento de la economía libre [16].

Ahora bien, las continuas y galopantes transformaciones producidas por la revolución industrial llegaron pronto a hacer cada vez más insatisfactoria la aplicación de ese modelo de organización social. Y, paralelamente, el reparto de funciones entre la acción estatal, la regulación jurídica y la actividad

[16] Resulta obvio que esta visión, derivada de la primacía de la libertad individual como principio organizativo de la vida social y vinculada a una concepción negativa en la que esa libertad se identifica con la actuación carente de limitaciones y vínculos, refleja la concepción y los intereses de la burguesía revolucionaria. La ideología burguesa que había luchado decididamente por la conquista de la libertad frente al absolutismo de la monarquía a finales del XVIII y que había cifrado su meta en el reconocimiento y garantía de esa libertad mediante leyes dictadas por el pueblo soberano, encontraba su realización suprema y su máxima manifestación en un orden social en el que el Estado y el Derecho estuviesen al servicio de la libertad. Esta era la vía que conducía a la conquista definitiva de sus proyectos de liberación y también a la salvaguardia y consolidación de sus aspiraciones e intereses ya conquistados.

económica propiciado por la ideología burguesa resultó más inadecuado cada día, haciendo inevitable la búsqueda de una nueva interpretación. Esta empresa histórica fue afrontada por K. MARX, cuya doctrina puede resumirse en cuatro tesis o postulados básicos [17].

A) *Primera tesis*

En la vida social hay una realidad básica, fundamentante, y otras realidades derivadas. La realidad básica está integrada por la estructura de los procesos de producción de bienes materiales en que consisten las relaciones económicas. Y, sobre esa base real primaria, se eleva la superestructura de las formas de la conciencia social, entre las cuales se encuentran las instituciones políticas, religiosas, morales y jurídicas.

En la estructura de la producción, los hombres contraen —tal como explica MARX— relaciones necesarias y determinadas que son independientes de su voluntad. La totalidad de esas relaciones forma la trama económica de la sociedad sobre la que se desarrolla una superestructura jurídica y política a la que corresponden unas determinadas formas de conciencia en los diversos órdenes de la filosofía, la ciencia, el arte, etc.

B) *Segunda tesis*

Son las fuerzas materiales de producción las que, según el momento de desarrollo en que se encuentren, generan unas determinadas relaciones sociales y, mediante éstas, los procesos sociales, políticos, jurídicos y culturales correspondientes. Así pues, cada nueva estructura de los medios de producción origina una nueva forma de organización social, promoviendo una clase social propietaria de tales medios y sometiendo las demás clases a ésta. A su vez, cada forma de organización social desarrolla la moral, el derecho, la filosofía, la cultura y los idearios políticos que respondan a las necesidades de la estructura económica que le sirve de base.

[17] Según MARX, Derecho y Economía son realidades sumergidas en una inflexible trama de vinculaciones de dependencia; dentro de esa trama, la economía ocupa la posición dominante, de tal modo que llega a determinar el contenido y el sentido de la regulación jurídica. Sin embargo, este polémico autor no llegó a desarrollar un tratamiento sistemático unitario de su doctrina sobre las relaciones entre la Economía y el Derecho, por lo que cualquier referencia a la misma es siempre resultado de una cierta construcción o reconstrucción hecha a partir de las distintas afirmaciones básicas que parecen estar contenidas de forma dispersa en sus escritos. Dicha reconstrucción conduce hasta las que pueden considerarse como las cuatro tesis fundamentales de la doctrina de MARX en relación con las posiciones correlativas que ocupan la Economía y el Derecho dentro del proceso de estructuración de la organización social.

La evolución del Derecho viene predeterminada, pues, siempre por la propia evolución de la estructura económica. En cuanto elemento superestructural de la vida social, el Derecho sigue fielmente la dirección y el ritmo de desarrollo marcados por las relaciones económicas de la respectiva sociedad. Toda forma de producción genera, por tanto, un sistema específico de relaciones jurídicas; éstas no son más que un fiel reflejo de las relaciones económicas. Así, cuando la estructura social cambia bajo la presión de los cambios producidos en las relaciones de producción, el Derecho cambia también en el mismo sentido de manera automática.

C) *Tercera tesis*

A lo largo de todos sus incesantes cambios, el Derecho mantiene de forma constante la que es su verdadera función básica: el mantenimiento del dominio de unas clases sobre otras. Y esa función es configurada en cada caso por el sistema de las relaciones sociales de producción que constituyen la estructura de la realidad social. De una manera constitutiva, el Derecho es en sí mismo la «ley de la voluntad» de la clase dominante, el instrumento que ordena y estabiliza las relaciones de dominio. Y, en esa misma medida, es propio del Derecho actuar siempre como mecanismo perpetuador del poder y explotación de las clases opresoras.

D) *Cuarta tesis*

El Derecho, lo mismo que el Estado, en cuanto que es instrumento del dominio de unas clases sobre otras, está llamado a desaparecer en el mismo momento en que desaparezca la necesidad de asegurar y perpetuar ese dominio. Y esa necesidad desaparecerá cuando el proletariado, constituyéndose en clase dominante, destruya violentamente las antiguas relaciones de producción y elimine al mismo tiempo la lucha de clases y el dominio de una clase por otra.

Pero ese momento no puede producirse de forma inmediata. La realización plena de la sociedad socialista requiere la presencia de unas determinadas condiciones que ni la revolución del proletariado ni la socialización de la producción podrán aportar por sí solas de manera directa. Habrá, por tanto, una primera fase en que la sociedad comunista no estará totalmente realizada. Y, en esa primera fase, en esa verdadera etapa de transición, no se podrá prescindir del Derecho y del Estado, ya que uno y otro serán necesarios para implantar las condiciones de plenitud de la sociedad socialista, es decir, las condiciones de posibilidad de su propia desaparición. Mas, cuando lle-

gue a realizarse plenamente la sociedad comunista, entonces desaparecerá el Derecho y desaparecerá también el Estado, porque ya no será necesario imponer coactivamente una medida igual sobre las desigualdades reales [18].

Naturalmente, la doctrina de MARX sobre el carácter superestructural y reflejo del Derecho en relación con la Economía ha sido objeto de múltiples y muy diferentes críticas [19]. Pero, sin duda, la crítica que ha logrado producir más eco en el seno de la teoría jurídica es aquella que intenta invertir su planteamiento. Así, se ha llegado a afirmar, como se explica en el apartado siguiente, que, en las relaciones entre la Economía y el Derecho, el elemento determinante decisivo es el Derecho, ya que actúa sobre la Economía como la forma actúa sobre la materia, es decir, como el agente que ordena, orienta y configura a la actividad económica.

3. Visión del Derecho como forma de las relaciones económicas

En reacción directa frente a la doctrina marxiana del materialismo histórico, R. STAMMLER estableció la tesis de que Derecho y Economía guardan entre sí una relación idéntica a la que media entre la forma de la ordenación y la materia o contenido de esa ordenación. Según este autor, cuando MARX proclama que el conjunto de las circunstancias de la producción constituyen la estructura económica de una sociedad, la base real sobre la que se erige el edificio del Derecho, está haciendo una afirmación totalmente inexacta, ya que no es posible concebir ningún tipo de circunstancia de producción social fuera de una determinada regulación jurídica. Por eso hay que concluir que la Economía social, que no es otra cosa que «la cooperación humana para la satisfacción de las necesidades de cuantos conviven», constituye precisamente la materia o contenido de la regulación en que consiste el Dere-

[18] Eso ocurrirá cuando el incremento de las fuerzas productivas y la socialización de la producción proporcionen una abundancia suficiente de bienes, de tal modo que el trabajo ya no sea un medio para sobrevivir, sino un instrumento para la realización de cada hombre. Entonces, ya no existirá una división rígida del trabajo, los intereses de cada individuo coincidirán con los de la comunidad, desaparecerán el antagonismo de intereses y la lucha de clases y la sociedad se regirá espontáneamente por el principio de que «de cada uno, según su capacidad; a cada uno, según sus necesidades». Y, en esa situacion, el Derecho, que es en sí mismo medio de control y dominio, resultará radicalmente superfluo.

[19] Algunas de ellas llaman la atención sobre su recóndito y vergonzante carácter metafísico. Otras insisten en que dicha doctrina contiene, no sólo una directa negación del Derecho, sino también una paradójica eliminación refleja de la propia Economía en cuanto realidad social concreta e indentificable. Pero la mayor parte de las críticas que se han formulado contra el materialismo histórico le acusan de efectuar una interpretación unilateral y deformante de la realidad social que le lleva a caer en un determinismo económico tan irreflexivo como absorbente. Y, en este último sentido, se señala que es imprescindible reconocer, como muchos marxistas han hecho ya, que la determinación que la Economía ejerce sobre el Derecho no es absoluta ni única.

cho, de tal modo que es éste el que, en cuanto forma ordenadora, la actualiza. Derecho y Economía son, por tanto, los dos elementos, necesariamente vinculados, de ese único y mismo objeto que es la vida social.

Según este planteamiento, la Economía y el Derecho no gozan de una existencia independiente como dos realidades distintas. El Derecho no es algo con existencia propia y con propia sustantividad frente a la cooperación social sobre la que actúa de un modo determinado. No hay un sólo precepto jurídico que no entrañe como contenido una concreta regulación de la cooperación social humana. Y todas las normas jurídicas agrupadas para formar la unidad de un orden jurídico constituyen la regulación conjunta de una Economía social. Pero sin que gocen en ningún caso de una existencia propia que les permita influir desde fuera sobre la Economía social regulada. Las normas jurídicas representan el aspecto formal de la vida social y sólo pueden darse en unión con la cooperación humana que regulan, es decir, con su materia o contenido.

Del mismo modo, la Economía social no puede ser pensada tampoco como una realidad dotada de existencia propia y de propia sustantividad que se ofrece al Derecho para ser regulada por él. La cooperación para la satisfacción de las necesidades humanas, es decir, la Economía, sólo puede darse a través de la regulación que la ordena y determina. Toda cooperación social es por sí misma una colaboración reglada.

Así pues, ni el orden jurídico precede en el tiempo a la Economía social, ni ésta precede a aquél. Lo que se da realmente en todo caso es una cooperación social regulada de un determinado modo. Ni la Economía, en cuanto materia o contenido, puede existir sin una peculiar regulación jurídica, ni el Derecho, en cuanto forma ordenadora, tendría sentido sin una cooperación social que regular. Y, en este sentido, las relaciones entre Economía y Derecho no son las de dos realidades que pueden influirse y condicionarse causalmente, sino las de dos elementos que, como forma y materia, constituyen la vida colectiva, que es el único objeto peculiar de la investigación social [20].

---

[20] Como fácilmente puede apreciarse, el planteamiento de STAMMLER obedece a unas determinadas preocupaciones epistemológicas y metodológicas de carácter formalista y no entra realmente en el tema de las relaciones que unen a los procesos económicos y a las reglas jurídicas dentro del marco de las organizaciones sociales históricas. Simplemente se limita a establecer la tesis de que una ciencia social rigurosa sólo puede analizar al Derecho y a la Economía de modo correcto si los entiende como la forma y la materia de la vida social. Pero no excluye la posibilidad de que las relaciones entre Derecho y Economía sean analizadas dentro de otros planteamientos diferentes a los propios de la ciencia social tal como él la entiende. Y, en realidad, ese parece ser precisamente el camino más adecuado.

Dada la esterilidad del formalismo y de la pretendida asepsia metodológica de STAMMLER, es aconsejable plantearse el tema de las relaciones entre Economía y Derecho dentro de una consideración integral que no excluya el examen de los vínculos empíricos que descubre la real trama histórica de las sociedades. Pero, por otra parte, parece necesario también alejarse de la simplista visión unidimensional que ofrece MARX.

4. La visión del Derecho y la Economía como agentes sociales interdependientes

Ciertamente, la influencia del factor económico en la determinación de los otros elementos constitutivos del orden social y, concretamente, del Derecho ha sido siempre muy fuerte, como señalara MARX [21]. Pero esa influencia, ni ha sido la única, ni ha sido la decisiva en todos los casos. La historia de la ciencia, del arte, del derecho, de la religión, de la filosofía, de la moral, o de la política... demuestran que ninguna de estas creaciones se ajusta en su desarrollo evolutivo ni a la dirección, ni al ritmo, ni a las vicisitudes que ha seguido la evolución de la economía. Y esta constatación obliga a poner en duda la validez general de la afirmación de que las relaciones económicas son la base real que mediatiza y condiciona en forma decisiva a todos los demás elementos de la organización social.

Por otra parte, puede señalarse cómo en el campo de la normatividad jurídica existen múltiples sectores en los que influyen otros muchos factores sociales y no sólo, ni preponderantemente, el factor de las relaciones de producción. Así ocurre, por ejemplo, en gran parte del Derecho Penal, del Derecho Procesal, del Derecho Constitucional e, incluso, del Derecho de Familia. Es cierto que la realidad económica está actuando también en todas estas áreas de forma indirecta a través de los otros factores influyentes, ya que todos ellos están mediatizados de alguna manera por la economía. Pero se trata de un condicionamiento global e inespecífico, derivado de la interdependencia general que une a todos los factores o elementos de la vida social. Y esa influencia carece de especial relevancia cualificadora.

Ciertamente, algunas ramas o sectores del Derecho acusan una especial sensibilidad a la acción condicionante de la estructura económica de la respectiva sociedad. Pero a este dato no puede dársele mayor importancia de la

---

[21] Resulta evidente que la regulación jurídica está siempre condicionada y predeterminada en gran medida por las exigencias del sistema de las relaciones económicas. Incluso ocurre a menudo que el Derecho desempeña casi exclusivamente la función de actuar como mecanismo o recubrimiento ideológico destinado a proteger intereses particulares (de grupo o de clase) mediante la regulación de tales intereses como bienes generales que favorecen a todos los ciudadanos. Sin embargo, estas constataciones, por muy frecuentes e intensas que sean, no constituyen una base suficiente para establecer la conclusión general de que todo Derecho es en todas las épocas y circunstancias un instrumento de la opresión clasista, un medio al servicio de los intereses de la clase dominante y un simple reflejo o superestructura ideológica de las relaciones de producción. Y, sobre todo, no pueden aceptarse como base suficiente para afirmar que el Derecho es absoluta y únicamente eso.

En la actualidad, la conciencia de la profunda vinculación que existe entre el Derecho y la Economía ha propiciado (sobre todo en el gremio de los economistas) el desarrollo de investigaciones (presentadas casi siempre bajo la rúbrica «análisis económico del Derecho») que pretenden llevar a cabo una lectura de las instituciones y normas jurídicas en clave económica. Pero, como resulta patente, tales investigaciones se guían sobre todo por una preocupación científico-técnica más que ideológica (con independencia de que en el origen de esta tendencia se encuentren impulsos ideológicos de inspiración marxista).

que le corresponde como muestra de la múltiple y recíproca influencia que se da entre los diversos factores que intervienen en la trama real de las relaciones sociales. Hay que tener en cuenta que la economía misma es influida y determinada por otros muchos factores tan dispares como la religión, la moral, la ciencia, la técnica, el clima... y, por supuesto, la política y el Derecho. Son con frecuencia estos factores, o algunos de ellos, los únicos que pueden dar explicación satisfactoria de la estructura de las relaciones económicas y de sus sucesivas transformaciones. Se ve, por tanto, cómo los llamados elementos superestructurales, entre los que se coloca al Derecho, no sólo gozan de una autonomía más o menos amplia en sus relaciones con la Economía, sino que proyectan también a menudo su influencia sobre ella [22].

En realidad, el Derecho no es un simple elemento superestructural de las relaciones económicas, como señalara MARX, ni es tampoco el elemento formal trascendente que en buena medida afirmó STAMMLER. Es más bien un elemento correlativo de la Economía con la que le une una vinculación de influencia mutua circular. En algunas épocas y en algunos sectores específicos, el Derecho ha experimentado la influencia predominante de la Economía, del mismo modo que en otros aspectos o parcelas y en otras épocas ha recibido la presión preponderante de la religión, la moral o la política. Y, a su vez, la actividad económica ha sido y es mediatizada en su evolución por la regulación jurídica que la ordena, la regula e interviene en el proceso de su transformación. El hecho de que la normatividad jurídica sea un instrumento estructuralmente vinculado a la acción de quienes detentan en cada momento el poder social máximo hace a menudo que las instituciones jurídicas aparezcan como un mero instrumento puesto al servicio de los intereses particulares de los sectores privilegiados, sin excluir los intereses más descaradamente económicos. Pero ese no es el destino permanente del Derecho.

A pesar de las servidumbres y dependencias que le vinculan, no sólo a la fuerza de las relaciones de producción, sino también a los poderes políticos y a todos los demás elementos que forman parte de la vida social y que intervienen en su organización, el Derecho mantiene su destino específico, realizándolo incluso a través de esas servidumbres y dependencias. Ese destino propio y peculiar se cifra en la ordenación y reglamentación de las relaciones sociales según la forma considerada en cada caso como más justa. Y, en esa misión, son los sistemas de principios jurídico-políticos y las ideas sobre el orden justo de la sociedad los que mantienen su primacía, por encima de la influencia de los otros factores sociales. En este sentido, es impres-

[22] Esta observación, reconocida ya en alguna medida por MARX y ENGELS y aceptada de forma clara por una gran parte del pensamiento marxista posterior, tiene una importancia decisiva para la justa valoración de los vínculos que unen al Derecho con la Economía.

cindible reconocer que el papel jugado por la idea de la Justicia en la historia de la ordenación jurídica de las relaciones sociales ha sido constantemente decisivo.

En definitiva, el Derecho, aunque experimenta efectivamente la influencia condicionante de la Economía y de otros múltiples factores, es el que sistematiza, junto a los otros códigos normativos, la ordenación de las relaciones sociales en todo su complejo desarrollo. Consecuentemente, las relaciones económicas que, sea cual sea la importancia que se les atribuye, constituyen uno de los sectores o dimensiones de esas relaciones sociales, caen dentro de lo que puede llamarse la materia o contenido de la regulación jurídica. Y, en esa medida, ellas mismas pueden definirse, aunque en un sentido diferente al señalado por STAMMLER, como materia o contenido del Derecho.

Esta óptica unilateral no es, sin embargo, la más adecuada para caracterizar las relaciones que existen entre el Derecho y la Economía. Más bien ha de insistirse en el hecho de que ambas realidades son elementos integrantes de la vida social y que, a pesar de desempeñar funciones específicas distintas dentro de la misma, entran en inevitables y continuas interferencias, con la lógica consecuencia de experimentar alteraciones en lo que parecería ser su configuración más propia.

LECCION IV

DERECHO, PODER Y ESTADO

I. Los intentos de reducción del Derecho a poder o fuerza

El tema de las relaciones entre Derecho y Poder ha constituido una preocupación constante de la doctrina jurídica y política desde muy antiguo, al menos en el núcleo central de su planteamiento, pero no se ha llegado todavía a una solución aceptada general y pacíficamente. Por otra parte, las discusiones se desarrollan con frecuencia sin que se sepa con exactitud a cuál de los diversos poderes que operan dentro de la sociedad se alude cuando se intenta determinar el alcance de esas relaciones. Y, así, parece obligado iniciar la explicación con una referencia sumaria al propio fenómeno del poder [1].

1. Las diversas manifestaciones del poder social

Dentro de la estructura social, hay siempre unos sujetos sociales, sean individuos aislados o agrupaciones de individuos, que tienen más poder que los otros [2], lo que sucede, evidentemente, en virtud de una variadísima multi-

[1] En el más amplio sentido de la palabra, *poder* es la posibilidad o capacidad que tiene cualquier agente de producir un acontecimiento. Este es el sentido que se asigna al término cuando se habla, por ejemplo, del poder destructor del fuego, del agua o de la tormenta. Es obvio, sin embargo, que, cuando se relaciona el Poder con el Derecho, se está haciendo referencia a un poder de tipo humano, es decir, a la capacidad o facultad que tienen los hombres de producir efectos sobre la realidad que les circunda, ya sea en el mundo propiamente natural, ya sea en el mundo humano. E incluso resulta evidente que, para el análisis de las relaciones entre Derecho y Poder, la dimensión que se ha de tomar en consideración es la que corresponde a la capacidad que tienen los hombres de influir en las actitudes y conductas de los otros hombres. El poder que aquí interesa es, por tanto, el poder ejercido en el ámbito de las relaciones sociales, es decir, el poder social.

[2] El poder social no es, en definitiva, más que la capacidad humana de dirigir el comportamiento de otras personas en el campo social o, como afirmara M. Weber, «la probabilidad de im-

plicidad de factores o motivos concretos [3]. De ahí que se hable habitualmente de varios poderes sociales o, más bien, de diferentes vías de actuación del poder dentro de la sociedad, entre las que destacan: el poder físico, el poder carismático o poder espiritual de imposición, el poder de autoridad o poder espiritual de reconocimiento y el poder económico.

Sin embargo, también es frecuente que la referencia al *poder social* se dirija en forma unitaria a la capacidad de dirigir las conductas de los hombres en el ámbito de las relaciones sociales, sin plantearse el problema de determinar cuál es el factor del que deriva esa capacidad. Entre otros motivos, porque, por lo general, los diversos factores actúan en forma convergente, de tal modo que la existencia del poder social es habitualmente resultado de la mezcla o presencia combinada de varios de esos factores [4]. Por otra parte, ha de tenerse también en cuenta que suele considerarse como ejemplo típico y representativo del poder social el que las sociedades globales detentan y

---

poner la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad». Tal capacidad radica evidentemente en el espíritu y en la voluntad del sujeto que la posee y actúa dando sentido y orientación al espíritu y a la voluntad del sujeto al que se dirige. Mas, ¿cuáles son las raíces y los elementos constitutivos de esta capacidad de dirección que tienen unos hombres sobre otros en el marco de la vida social? Parece que la relación de subordinación o dominio, tal como ha destacado R. DAHRENDORF, es inherente a cualquier estructura social. Y esa relación se origina en los desniveles que afectan casi siempre a las recíprocas situaciones de poder en que está cada uno de los sujetos de las relaciones sociales.

[3] Tales como mayor experiencia, fortaleza corporal superior, prestigio, astucia, posesión de armas, primacía de rango, control de medios imprescindibles para la satisfacción de necesidades vitales, posesión de conocimientos más aventajados, don de persuasión o sugestión, autoridad, etc.

Pero todos estos múltiples factores de poder actúan a través de un reducido número de fuentes de motivación que impulsan a unos sujetos a seguir las directrices dadas por otros y que operan, en consecuencia, dentro de la vida social, como mecanismos de sumisión. Tales fuentes de motivación son, al parecer, estas cuatro: a) la mayor fuerza física (primaria o derivada); b) las cualidades o propiedades carismáticas; c) la aceptación o reconocimiento previo; d) el control de los elementos valiosos para la vida humana.

[4] Es importante también tener en cuenta que el poder que unos hombres ejercen sobre otros en el seno de las relaciones sociales puede actuar con tres distintas intensidades de presión. Hay una *intensidad de primer grado* que se da cuando la simple indicación o mandato de la voluntad ordenante produce una aceptación espontánea del contenido o mensaje del mandato por parte de la voluntad a la que va dirigido. Hay una *intensidad de segundo grado* que aparece cuando el mandato inicial es reforzado mediante la presión psíquica que deriva de la amenaza de males o desventajas. Esta vigorización del mandato inicial produce el doblegamiento o sumisión de la voluntad destinataria de dicho mandato. Y, finalmente, hay una *intensidad de tercer grado* que se aplica cuando el sujeto ordenante acompaña su mandato con el ejercicio de alguna coerción física. Esta presión física que se ejerce sobre el sujeto destinatario puede limitarse a forzar en él la formación de una voluntad obediente, o puede llegar incluso a dirigir su conducta sin permitir que intervenga de ningún modo la libertad de opción.

Por otra parte, ha de tenerse también en cuenta que los diferentes factores generadores de dominio pueden actuar en cada uno de los distintos marcos o planos en que se desarrollan las relaciones sociales. Así, vemos cómo se dan relaciones de poder entre los diversos grupos parciales que integran una sociedad global y los miembros individuales, entre el conjunto de la sociedad global y sus propios miembros individuales o colectivos y entre las varias sociedades globales.

ejercen, a través de sus diferentes órganos, sobre los individuos o los grupos que están integrados en ellas [5]. Y ese poder es siempre la instancia que impone y mantiene en el seno de los grupos las diversas manifestaciones históricas de la normatividad social, incluido, por supuesto, el Derecho. Por eso, podría afirmarse incluso (como mantienen numerosos autores) que el Derecho, en última instancia, no es más que un simple reflejo o proyección del poder. Ahora bien, esta afirmación es muy discutible, según se expone a continuación.

2. Las relaciones del Derecho con el Poder

Dado que este tema ha sido objeto de interpretaciones radicalmente dispares a lo largo de la historia, resulta imprescindible desarrollar su explicación a través de un sucinto examen de cada una de las posiciones contrapuestas.

A) *Los intentos de identificación del Derecho con el Poder*

La tesis de que quien tiene el Poder es el que decide o debe decidir lo que es Derecho viene siendo proclamada ya desde antiguo, en una ininterrumpida línea doctrinal que va desde los Sofistas griegos hasta NIETZSCHE y algunos autores actuales, por todas las llamadas «filosofías de la fuerza» [6]. Es menester distinguir, no obstante, dentro de esta tradición, dos actitudes claramente diferenciadas.

Por un lado, está el planteamiento de aquellos autores que parecen limitarse a dar testimonio, en un sentido más o menos crítico, de lo que realmente ocurre en las relaciones sociales de su época. Estos autores parecen asu-

---

[5] Como es sabido, todo proceso de agrupación de personas tiende, por su propio impulso, a segregar formas estables de convivencia, puesto que los grupos sólo pueden escapar del caos y la disolución si disponen de un sistema de comportamiento social mínimamente codificado, es decir, si cuentan con una ordenación objetiva y regularizada de la convivencia. Así, y según parece, surge primeramente en todos los sectores de la vida social un sistema de modelos de comportamiento dotados de simple fuerza fáctica. Y esos modelos se van transformando progresivamente en una normatividad racional de validez general. Por otra parte, esta ordenación o reglamentación colectiva (que no tiene por qué ser escrita y ni siquiera expresa) se ve sostenida y apoyada por una especie de presión o compulsión que el grupo, en cuanto colectividad difusa, ejerce sobre cada uno de sus miembros para que la respete y la cumpla. En esa presión colectiva es donde se manifiesta el poder social propiamente dicho.

[6] Pensadores tan distantes entre sí en el tiempo, en el espacio y en la concepción del mundo como GORGIAS, CALICLES, TRASIMACO, HOBBES, SPINOZA, MARX, NIETZSCHE, OLIVECRONA, KELSEN o ROSS han coincidido en establecer de alguna forma una vinculación tan esencial entre el Derecho y el Poder que equivale a una reducción del primero al segundo.

mir ante todo una actitud de denuncia; por eso, intentan dejar constancia fiel del control efectivo que ejercen sobre el Derecho aquellos sujetos sociales que monopolizan los resortes del poder [7].

Por otro lado y junto a este enfoque, existe también una larga línea de pensamiento desarrollada en torno a la tesis de la reducción del Derecho al Poder. Esta actitud es la que presenta un mayor interés para la discusión de la cuestión que estamos tratando ahora.

Según nos refiere PLATÓN, el sofista GORGIAS sostuvo la doctrina de que es «ley natural, no que el débil cohiba al fuerte, sino que éste rija y conduzca a aquél; que el fuerte vaya a la cabeza y que el débil le siga». Y, en actitud similar, el también sofista CALICLES afirmaba que «la naturaleza prueba que es justo que el hombre hábil posea más que el que no lo es, y el más fuerte más que el débil» y que «es justo que el más fuerte domine al más débil» [8]. Más recientemente, NIETZSCHE proclamó que el Derecho es siempre fruto de la conquista, que no hay Derecho sin poder y que el momento de la fuerza es congénito y esencial a todo Derecho y justicia. Asimismo, aunque desde una óptica sustancialmente diferente, autores más actuales, como OLIVECRONA, KELSEN o ROSS han caracterizado al Derecho como un conjunto de normas que se definen por constituirse en organización y regulación del empleo de la coacción, es decir, de la aplicación de la fuerza física, reduciéndolo, por tanto, finalmente a ésta.

---

[7] Este parece ser el caso de TRASIMACO, HOBBES, SPINOZA y MARX. En efecto, según TRASIMACO, el interés que da origen a las leyes es el interés de los poderosos, ya que cada gobierno promulga las leyes que le son favorables, haciendo que sea justo para los gobernados aquello que en realidad no es más que lo que conviene a los que mandan. Paralelamente, HOBBES y SPINOZA describieron la situación originaria o «estado de naturaleza» a partir del que se constituye la sociedad como una situación en la que el Derecho tenía la misma extensión que el poder o potencia física de cada individuo. Y, del mismo modo, en su explicación de la construcción de la sociedad civil a partir de ese momento lógico inicial del estado de naturaleza, presentan al Derecho positivo como la decisión del soberano al que le ha sido atribuido el poder. Más claro parece, en este sentido, el planteamiento de MARX cuando caracteriza al Derecho como un elemento superestructural mediante el que la clase explotadora impone a la clase explotada las reglas para la conservación y desarrollo de su propia posición de dominio en las relaciones económicas. Su actitud descriptiva y crítica se confirma plenamente mediante la conclusión en la que desemboca su análisis: el Derecho habrá de ser finalmente eliminado de la organización social junto con la lucha de clases y las relaciones de dominio.

[8] La filosofía política de CALICLES presenta aspectos altamente dramáticos. Según parece, este pensador se expresó en los siguientes términos: «Por naturaleza, el más débil es también el peor... No obstante lo cual, en el Estado son los débiles y la gran masa los que dan las leyes, haciéndolo en su propio provecho y determinando así lo que es bueno y lo que es malo. Por ello tratan de amedrentar a los fuertes, es decir, a aquéllos que tienen fuerza en sí para poseer más que los otros, a fin de que no aspiren a más. Con este propósito afirman que el deseo a tener más es vergonzoso e injusto..., y se sienten felices de poseer, al menos, lo mismo que los otros, aun siendo como son los peores (...). Desde la infancia procuramos desnaturalizar a los mejores y más fuertes, los domesticamos como a leones con toda suerte de conjuros y artimañas, predicándoles, una y otra vez, que todos tienen que poseer lo mismo, y que esto es lo bueno y lo justo» (PLATÓN, *Gorgias*, 483).

B) *La contraposición entre el Derecho y el Poder*

Frente a la tendencia que concluye en la identificación (constitutiva o funcional) del Derecho con el Poder, se ha desarrollado también una importante tradición que aboga por la radical irreductibilidad de ambos elementos [9]. Esta doctrina central ha dado origen, sin embargo, a dos posturas divergentes: la que opone radicalmente el Derecho al Poder y la que admite algún tipo de convergencia entre ambos.

La primera postura sostiene que Derecho y Poder representan fenómenos tan esencialmente distintos que se excluyen mutuamente, constituyéndose en alternativas de actuación radicalmente contrapuestas. En cuanto principios de acción social, Derecho y Poder han de ser enjuiciados según las dos categorías contrarias del bien y del mal: el Derecho representa el orden social éticamente bueno, el Poder y la fuerza son lo malo en sí. Por eso, al Derecho se le asigna la misión de controlar el ejercicio del Poder dentro de las relaciones sociales [10].

El segundo punto de vista afirma, en cambio, que el Derecho y el Poder, si bien sean dos principios de acción diferentes, no son en absoluto incompatibles, sino que se complementan en la función de ordenar las relaciones sociales. El Derecho, para garantizar plenamente la realización de los comportamientos que establece, necesita estar respaldado por un poder inque-

---

[9] La lista de los pensadores adscritos a este punto de vista sería interminable. Baste recordar algunos de los testimonios más significativos.

Según ROUSSEAU, la fuerza no es nunca capaz de hacer derecho, pues ¿qué sería de un derecho que desaparece cuando cesa la fuerza? STAMMLER ha insistido, a su vez, en que la identificación entre el Derecho y el Poder es de todo punto inexacta. Derecho y Poder son realidades categorialmente distintas, que pertenecen a esferas diferentes. Entre ellos no puede haber encuentros o interferencias propiamente dichos, ya que el Derecho es una norma, un pensamiento teleológico de tipo imperativo, que pertenece al mundo del deber ser y el Poder es una facultad o energía, material o mental, que pertenece al mundo de los fenómenos reales. Y GURVITCH ha escrito enérgicamente que reconocer el «derecho del más fuerte», afirmar que la fuerza física, psíquica o social puede crear el Derecho, es aniquilar a éste completamente.

[10] En apoyo de esta doctrina de la separación e incluso de la contraposición entre Derecho y Poder se argumenta a menudo que el progreso cultural o civilizador de las sociedades humanas ha implicado siempre la tendencia a excluir del ámbito de las relaciones sociales la aplicación directa del principio del poder, sustituyéndola precisamente por la aplicación del Derecho. La progresiva implantación de la normatividad jurídica en la organización de la vida colectiva ha avanzado en un paralelismo sincrónico con el esfuerzo de los grupos humanos por sustituir la utilización del poder y de la fuerza como criterios decisorios de los conflictos de intereses de sus miembros por la aplicación de una regulación objetiva que se imponga por igual a las partes en oposición.

Ahora bien, en contraste con esta tendencia general de la historia de los pueblos a sustituir los controles físicos por los morales, debe constatarse el hecho de que en la actualidad se está registrando una progresiva intensificación de la conexión entre el Derecho y la fuerza física. Por otra parte, puede constatarse también cómo esta intensificación camina de la mano del progresivo debilitamiento o erosión de la influencia de otros agentes de carácter espiritual, como la religión o la moral. En algún aspecto, parece como si la humanidad estuviera desandando el camino ya recorrido.

brantable. En la medida en que es una ordenación que tiene que ser capaz de poner fin a la anarquía y a la lucha irracional generalizada, garantizando la seguridad de los miembros del grupo ante la violencia física recíproca, el Derecho ha de contar con el apoyo de un poder más fuerte que todos los demás poderes parciales. Y, en esa medida, el Poder de la sociedad es un elemento que está estrechamente vinculado al Derecho y que desarrolla una acción complementaria a la de éste.

II. La transformación del poder en Derecho y del Derecho en poder

La postura que parece responder con mayor fidelidad al tipo de relaciones que se desarrollan realmente entre el Derecho y el Poder dentro del marco de la vida social es la que afirma que Derecho y Poder son dos realidades que, siendo cualitativamente distintas, se encuentran situadas en una relación de mutua complementariedad.

1. La correlación Derecho-Poder

Es obvio que el Derecho tiene siempre algo que ver con el poder, incluso con el poder de la fuerza física. No sólo necesita del poder para existir y para ser eficaz, sino que, en alguna medida, él mismo es poder que se impone sobre las voluntades que pretenden resistirle. Su propia naturaleza y la finalidad o función esencial que tiene encomendada exigen que el Derecho cuente con un poder capaz de imponerse a todo trance. Sin embargo, entre la regulación jurídica y la simple imposición del poder social media una gran distancia. Mientras que el Poder es y actúa como una fuerza o energía que se impone a la voluntad sin tener en cuenta la elección de los sujetos, el Derecho es y actúa ante todo como regla que pretende dirigir la actuación de voluntades libres, mediante la imposición de obligaciones éticas. Y, cuando la normación jurídica se presenta como simple aplicación del poder y la fuerza, entonces no podrá alcanzar, según señalara ya muy agudamente Rousseau, el objetivo que le define de modo fundamental: hacer nacer en los miembros de la comunidad jurídica la obligación de obedecer las normas. Y, en ese caso, la normación impuesta no sería verdadero Derecho.

Parece que las teorías que reducen el Derecho a simple aplicación del poder o imposición de la fuerza se han olvidado del elemento más esencial: la normatividad. En efecto, el Derecho sigue siendo sentido y vivido mayoritariamente como un conjunto de directrices de conducta cuyo contenido central es la obligatoriedad, como un sistema de normas que predeterminan

en forma obligatoria las conductas que han de ser consideradas jurídicamente lícitas o ilícitas. Por supuesto, dado que esas normas se presentan siempre con la pretensión de ser cumplidas de forma inexorable, necesitan del respaldo del poder social. Pero ese poder actúa en el Derecho solamente como garantía de los deberes que éste impone, pudiendo afirmarse, por tanto, que la colaboración entre el Poder y el Derecho se debe únicamente a la necesidad que el segundo tiene de ser eficaz.

Así pues, si bien el Derecho está unido al Poder y es en alguna medida poder, no puede identificarse con el simple y desnudo ejercicio del poder social, tal como propugnan las filosofías del derecho del más fuerte. Lo característico del Derecho es la pretensión de dirigir los comportamientos sociales por los derroteros exigidos por los principios o valores imperantes en la sociedad. El efectivo encauzamiento de las conductas sociales mediante el apoyo del poder es un resultado que el Derecho se propone alcanzar, pero queda siempre subordinado a la presencia de unos criterios de valor que sean capaces de justificar el recurso al Poder. Por eso precisamente es frecuente que el Derecho entre en conflicto con el Poder social y con sus diversas manifestaciones concretas. Y, en ese sentido, la caracterización más acertada del Derecho es aquella que lo presenta como un cierto compromiso dinámico e inestable entre el Poder y los intereses del Poder, de una parte, y las exigencias insobornables de los valores, especialmente del valor Justicia, por otra.

El Derecho no puede ser identificado con el Poder ni puede tampoco ser reducido a un simple reflejo suyo, pero está siempre inmerso en una relación dialéctica con él. Se trata de una tensa relación en la que las exigencias de los ideales o valores jurídicos tienen, por lo general, tanta influencia dentro de la normatividad jurídica como para obligar al Poder y a sus intereses a ocupar el puesto complementario que les corresponde o, en último término, a enmascararse y protegerse tras la apariencia de una regulación jurídica justa [11]. Pero nunca el Derecho se explica a sí mismo como un simple reflejo o sombra del Poder.

2. Complementariedad del Derecho y el poder político

Las relaciones entre el Derecho y el poder político vienen determinadas en gran medida por la propia función que corresponde a cada uno dentro

[11] Esta extraña fuerza legitimadora del Derecho ha sido destacada en forma explícita por el gran iusfilósofo G. Radbruch al afirmar que muchas veces, en las luchas por el derecho, la clase oprimida se convierte en defensora del orden jurídico con el que se ha cubierto la clase dominante.

del proceso de organización de la vida social. De un lado, el poder político es un elemento del todo inevitable para el mantenimiento de la cooperación estable en los grupos humanos [12]. De otro, el Derecho es el principio ordenador objetivo que regulariza las relaciones colectivas y somete el ejercicio del poder al control de una normatividad social general.

En efecto, el poder político, para cumplir su peculiar función, utiliza fundamentalmente mandatos recogidos en normas generales y estables que prescriben cómo deben conducirse los hombres para convivir y determinan lo que es bueno o malo desde el punto de vista del código de criterios o valores vigentes en el respectivo grupo. Y, de ese modo, regulariza su propia actividad directiva, actúa como principio de coordinación de las múltiples voluntades e intereses individuales que existen siempre en cualquier comunidad de vida y logra, al mismo tiempo, en la mayoría de los casos esa legitimación que los hombres le exigen siempre para someterse voluntariamente a él [13].

Aparece, pues, con toda claridad la estrecha vinculación que une al De-

---

Y esto, porque este Derecho, aunque es un Derecho de *clase*, es, a su pesar, un *Derecho*, ya que, con él, no surge con plena desnudez el interés de la clase dominante, sino cubierto con el ropaje del Derecho. Y la forma del Derecho, cualquiera que sea su contenido, favorece siempre a los oprimidos.

[12] La existencia del poder político propiamente dicho es una característica peculiar de las sociedades complejas y desarrolladas. En los estadios más primitivos de la evolución de las agrupaciones humanas, cuando éstas se reducen a pequeños núcleos de individuos vinculados entre sí por estrechos lazos personales, tal poder no existe. Pero, a medida que los grupos se van haciendo más amplios e internamente diferenciados, surge, como por una necesidad elemental del ser social, la exigencia de un poder público organizado que actúe como gestor de los intereses y de las finalidades comunes, determinando y dirigiendo la realización de un proyecto común de vida.

En efecto, el poder político se caracteriza por actuar como única instancia a la que corresponde encauzar las conductas del conjunto de los individuos como tal conjunto. El es el que determina la conformación básica de la sociedad, estableciendo los mecanismos que, de manera inmediata, deben asegurar, ordenar y mantener la vida total de esa sociedad. Por eso, puede decirse que el poder político es el que configura en última instancia a la sociedad, haciendo que lo que aparece como un tejido de relaciones humanas tan diversas, pasajeras y efímeras como complejas llegue a ser una totalidad unitaria, estable y con individualidad propia frente a los otros sistemas de vida social.

[13] Precisamente, en la actualidad, la forma de legitimación del poder político más generalizada es aquella que M. WEBER designó con el nombre de «legitimación legal», es decir, aquella que se basa en la sumisión a un sistema impersonal y general de reglas. Según esta concepción, el ejercicio del poder político subsiste gracias a la transferencia que de la potestad de mando hacen los miembros de la sociedad a un centro o instancia común de decisión. Y los cauces, el sentido y los límites del dominio son establecidos por los propios dominados mediante un orden normativo, creado directa o indirectamente por ellos, en el que se regula el procedimiento de formación y ejercicio del dominio y las facultades que le son inherentes. Con lo cual, la propia sociedad es siempre el titular último del dominio y los órganos que lo ejercen, al dictar mandatos conforme a las facultades que les han sido atribuidas, están obedeciendo a un orden impersonal y abstracto de normas en el que se apoya su misma potestad de mando. Ese orden abstracto de normas no es otro que el sistema de reglas jurídicas por las que la sociedad organiza el desarrollo de su propia vida colectiva, es decir, el Derecho propio de cada grupo social.

recho y al poder político en la progresiva conformación del sistema de relaciones sociales que determinan la organización y la peculiaridad de cada grupo humano. El poder político reclama la existencia del Derecho, puesto que éste es precisamente el instrumento de racionalización de los mandatos del poder. Y, a su vez, el Derecho necesita del poder político por su propia estructura funcional. En la medida en que el Derecho es una decisión valorativa sobre los principios de organización del grupo, está vinculado al poder político, puesto que esa decisión ha de adoptarla y mantenerla siempre aquél que tenga en cada momento la máxima influencia o poder dentro del grupo.

Es inevitable que la normatividad jurídica apoye su efectividad en la máxima capacidad de presión que corresponde al poder político. Del mismo modo, resulta inevitable que el poder político pretenda siempre legitimar su propio ejercicio a través de la cobertura de la justificación jurídica. Hay, por tanto, una directa coordinación y una mutua dependencia entre el poder político y el Derecho. Ahora bien, el Derecho no es únicamente la creación y el instrumento de aplicación del poder político. La función básica que el Derecho cumple en la organización de la vida social y los principios valorativos a los que se orienta hacen de él una realidad que es siempre parcialmente autónoma y que termina imponiéndose casi siempre a las exigencias inmediatas del ejercicio del poder político.

Hay, por tanto, una especie de tensión entre el Derecho y el poder político. Este se sirve del Derecho para imponer su orden, pero, al institucionalizar el orden mediante el Derecho, queda él mismo envuelto por el Derecho que crea. A su vez, el Derecho es el que deslinda las esferas de poder y se constituye en control reglado del poder del Estado. Sin embargo, para establecerse, necesita que la organización política estatal le defina y le garantice con su poder.

III. Relaciones históricas entre el Derecho y el Estado

Es preciso reconocer que, cuando se analiza la realidad del Derecho, se encuentra casi siempre implicada de alguna forma la idea de Estado; y, cuando se analiza la realidad y el alcance del Estado, aparece implicada también en ella casi siempre alguna referencia al Derecho. Esta doble constatación parece demostrar que entre el Derecho y el Estado existe efectivamente una vinculación mutua de carácter inescindible cuyo alcance y profundidad es preciso aclarar.

1. La realidad del Estado

En su sentido estricto y propio [14], el Estado, como nombre y como realidad, es un modelo de organización política que se gesta en los siglos XIV-XV a través de un proceso de concentración del disperso y fluido orden medieval. Este modelo, basado en una cierta coherencia unitaria de la población y, sobre todo, en la unificación del ámbito territorial al que se extendía la acción del poder político central, inició en ese momento un proceso de consolidación y desarrollo que llega hasta nuestros días y que, conforme a las conclusiones de la teoría política, se caracteriza fundamentalmente por estas tendencias o impulsos básicos: secularización, unificación, centralización, determinación territorial, institucionalización y legitimación legal [15].

Es obvio que la consideración de las relaciones existentes entre el Derecho y el Estado toma como punto de referencia al Estado en su sentido más estricto, es decir, al Estado en cuanto se identifica con la sociedad políticamente organizada de la época moderna. Por otra parte, para el futuro de las relaciones entre el Estado y el Derecho, el acontecimiento más importante fue sin duda el progresivo protagonismo que el Estado empezó a asumir en el proceso de creación y aplicación del Derecho. El Estado, no sólo intentó

---

[14] La palabra «Estado» suele ser utilizada con dos sentidos diferentes: uno lato y otro estricto. En su sentido lato o impropio, el Estado se identifica con toda unidad social políticamente organizada y ordenada. Pero, en su sentido estricto y propio, el Estado es algo absolutamente peculiar que se identifica con esa determinada forma de organizar la convivencia política que ha tenido presencia en el mundo occidental desde la época moderna.

[15] Se dió, en primer lugar, una *secularización del poder*, alimentada por el influjo de las convicciones del Renacimiento y por la progresiva implantación de las ideas de la Reforma. Estos dos factores, potenciados por las numerosas luchas religiosas de la época, contribuyeron muy eficazmente a imponer la separación entre el orden temporal de la vida y el orden de la vida sobrenatural.

Se produjo también un proceso de *unificación y centralización* del poder político. Esta progresiva concentración del poder o poderes políticos en un solo sujeto centralizado de decisiones, que la institución monárquica guiara tan hábilmente, terminó absorbiendo los distintos centros de poder operantes durante la Edad Media. Así, se produjo simultáneamente la concentración de dos de las actividades más importantes de dominio, como fueron la creación y aplicación del Derecho y la acuñación de moneda.

Tuvo lugar, además, una *determinación territorial* del poder político, puesto que, superando los vínculos de lealtad personal de la organización medieval, comenzó a ejercerse el dominio político sobre todos los individuos que vivían dentro de un territorio determinado.

Al mismo tiempo, comenzó a intensificarse la tendencia a la *institucionalización*, de tal modo que, especialmente a partir del siglo XVI, el poder político fue encarnándose cada vez más en una burocracia que estaba jerárquicamente vinculada al príncipe y que desempeñaba funciones constituidas en oficios públicos, es decir, actividades en gran medida impersonales e institucionalizadas.

Y, finalmente, se empezó a imponer, en especial desde fines del siglo XVIII, el *principio de legalidad* como fundamental criterio de legitimación para el ejercicio del poder político. Se pensó que el sometimiento a la ley, en cuanto que ésta era la expresión racional de la voluntad soberana de la comunidad política, era también la fuente última de legitimación para el ejercicio del poder. Este elemento es de una gran trascendencia para el análisis de las relaciones entre Derecho y Estado.

ser el legislador supremo y único, sino que, al mismo tiempo, hizo todo lo posible para convertirse en el máximo garante de la eficacia de sus propias leyes mediante el monopolio del ejercicio del poder judicial y sancionador. Y, simultáneamente, hizo de las leyes estatales el instrumento básico para la ordenación de la actividad política, reglamentando y santificando mediante las normas jurídicas el ejercicio de las funciones y oficios públicos.

Por este camino, llegó a consolidarse un amplio movimiento doctrinal que culminaría a mediados del siglo XIX y en cuyo seno se terminó definiendo al Derecho en términos de Estado y al Estado en términos de Derecho. No puede resultar extraño, por tanto, que desde finales del XVIII la doctrina jurídica haya venido pensando de manera generalizada que el Derecho se identificaba con las leyes creadas e impuestas por la organización estatal.

2. Las relaciones entre el Derecho y el Estado

La doctrina ha venido planteándose desde antiguo las cuestiones relativas a la diferencia o identidad entre el Derecho y el Estado, a la capacidad de influencia mutua, a la dependencia recíproca, a la primacía cronológica, lógica y ontológica, etc. Ahora bien, en última instancia, todos estos diversos interrogantes son simples reflejos parciales de un problema central básico que podría formularse del siguiente modo: ¿es el Estado el fundamento y la raíz del Derecho o es más bien el Derecho la base y el factor determinante del Estado? Esta es realmente la gran pregunta que focaliza en la actualidad la preocupación primordial de cuantos pensadores se ocupan del tema de las relaciones entre Derecho y Estado.

Frente a esta pregunta, las soluciones se multiplican y se dispersan en respuestas que son, al menos en apariencia, notablemente distintas. Sin embargo, todas esas respuestas pueden reconducirse en último término a alguno de estos tres planteamientos o actitudes de base: el que afirma la primacía del Estado frente al Derecho, el que propugna la primacía del Derecho frente al Estado y el que defiende la equiparación e incluso identidad entre Derecho y Estado. Estos parecen ser los tres únicos planteamientos radicales [16].

Para la *primera posición doctrinal*, la existencia, el alcance y la vigencia del Derecho dependen directamente del Estado, hasta el punto de que todo ordenamiento jurídico positivo ha de ser reconducido en última instancia a

[16] La propia pervivencia de estas tres posiciones básicas sobre las relaciones entre el Derecho y el Estado pone de manifiesto que todas ellas contienen, al mismo tiempo, enfoques que se corresponden parcialmente con la compleja realidad del fenómeno jurídico y planteamientos que falsean en alguna medida esa realidad. Las dos soluciones originarias, es decir, las tesis de la primacía del Estado sobre el Derecho o de la primacía del Derecho sobre el Estado, dan lugar a dudas de igual o similar gravedad.

la voluntad estatal que lo sostiene. Por un lado, es siempre el Estado el que decide la existencia y el contenido del Derecho, de tal modo que solamente llega a ser Derecho aquella normatividad social creada e impuesta por un Estado. Por otro, dado que las normas jurídicas contienen la pretensión de lograr que los ciudadanos realicen siempre unos determinados comportamientos, tales normas han de contar con la posibilidad de imponer esos comportamientos a todos los destinatarios, incluidos los rebeldes y, para ello, es imprescindible que las normas estén respaldadas por un poder capaz de imponerse mediante medios externos de coacción. Consecuentemente, la eficacia y la existencia misma del Derecho dependen totalmente del Estado, ya que éste es el único sujeto que, dentro de la sociedad organizada, tiene a su disposición ese poder.

Según la *segunda actitud*, el Derecho es anterior al Estado, no sólo desde el punto de vista cronológico, sino también desde el punto de vista lógico o conceptual. En efecto, el Derecho es una realidad o principio contemporáneo del hombre, puesto que el sentimiento y la idea del Derecho son elementos constitutivos e indefectibles de la conciencia humana. Por otra parte, la propia vida personal de cualquier individuo humano no sería posible sin el Derecho, ya que no es posible que el hombre exista como tal fuera de las relaciones intersubjetivas o comunitarias. Así lo ha proclamado la sabiduría tradicional a través del viejo y conocido aforismo latino, estructurado en forma de silogismo (*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo, ubi homo, ibi ius*) de que hombre, sociedad y Derecho son realidades unidas por una mutua relación de necesidad. En cambio, la organización política y, por supuesto, el nacimiento del Estado, no sólo se sitúan en un momento histórico bastante posterior a la aparición del Derecho, sino que están conceptualmente supeditados a éste [17].

Finalmente, para la teoría de la equiparación o identidad, no existe el problema de la prioridad entre el Derecho y el Estado, puesto que ambos son manifestaciones de una única realidad. Según ha afirmado H. KELSEN, para los juristas, el Estado sólo existe en la medida y en la forma en que se expresa en el Derecho; lo que el Estado tiene de tal, desde el punto de vista

[17] Este aspecto se comprueba de forma definitiva, si se tiene en cuenta que el Estado propiamente dicho, es decir, el Estado moderno, encuentra gran parte de su explicación y justificación en la vinculación al Derecho positivo, hasta el punto de que es el Derecho el que establece la extensión y los límites del poder de mando del Estado. Por otra parte, R. STAMMLER ha señalado también que el concepto del Derecho condiciona lógicamente la noción del Estado, ya que el concepto del Derecho se puede definir y deslindar de las otras modalidades de la voluntad humana sin que en ello intervenga como método condicionante la noción de Estado. Y, en cambio, es imposible definir el concepto del Estado sin aludir como factor determinante a la noción formal de lo jurídico. Así pues, al Derecho le corresponde una clara prioridad frente al Estado, ya que el propio poder de dominio de éste aparece fundamentado en el Derecho, derivado del Derecho y legitimado por el Derecho.

jurídico, es lo que tiene de Derecho, pues sólo a la luz de éste podemos delimitar lo estatal. El Estado es el Derecho como actividad normativa, es la personificación de la totalidad del ordenamiento jurídico positivo; y el Derecho es el Estado como situación normada. Se trata, pues, de dos palabras diferentes para designar un mismo objeto científico [18].

En realidad, las relaciones que se dan entre el Derecho y el Estado son tan complejas y diferenciadas que pueden originar las interpretaciones más contrapuestas. Por un lado, parece inevitable pensar que las direcciones de actuación de Estado y Derecho han de registrar una coincidencia básica, ya que ambas creaciones humanas surgen como funciones de la actividad organizativa de la vida social. Incluso puede verse al Derecho y al Estado como realidades simultáneas, pues ni es posible una comunidad política sin orden jurídico, ni se puede pensar hoy en un orden jurídico cualquiera sin referirlo al poder y a la unidad política del Estado.

Sin embargo, ha de reconocerse también que Derecho y Estado son formaciones que responden a impulsos originarios diferentes e incluso contrapuestos, por lo que está latente siempre la posibilidad de que surjan tensiones graves entre ambos. El Derecho es ciertamente un instrumento que está al servicio de la organización política de la sociedad (=Estado, en sentido lato), pero tiene en sí mismo un sentido y un valor autónomo. Y este valor lo constituye en fuerza social independiente y le permite enfrentarse al Estado para someter su organización y su actividad a la medida de la normatividad jurídica. Aunque es el Estado el que proporciona al Derecho esa fuerza característica que hace de él una regla pública y eficaz, constituida en orden estable, corresponde al Derecho regularizar, ordenar y legitimar a la propia organización estatal.

Parece, pues, que, al menos en la actualidad, no se puede pensar en el Estado sin pensar a la vez en el Derecho, ni se puede tampoco concebir al Derecho sin hacer referencia al Estado. Derecho y Estado presentan abundantes convergencias, tanto estructurales como funcionales. Por otra parte,

---

[18] Por tanto, la consideración jurídica del Estado sólo tiene que ocuparse del Estado como realidad juídica, como normatividad jurídica positivada en un ordenamiento jurídico, debiendo quedar excluidas del ámbito de la ciencia jurídica las reflexiones que hacen referencia al Estado como fenómeno fáctico de poder y de dominio.

Sin embargo, esta identificación entre Estado y Derecho sólo puede hacerse reduciendo unilateralmente el campo visual a la dimensión jurídica del Estado. Pero, para entender la realidad del Estado en toda su plenitud, se hace necesario reconocer que su expresión normativa en el ordenamiento jurídico está condicionada en su nacimiento y mantenida en su desarrollo por una determinada trama de concretos hechos de vida humana colectiva. Por debajo del Estado, en su sentido estricto de orden jurídico, existe una realidad social que lo produce, lo sostiene, lo transforma y lo condiciona en todo momento. Por eso, es menester destacar la existencia de una realidad sociológica del Estado, que es la que crea, mantiene, vitaliza y desarrolla al Derecho.

esa estrecha correspondencia entre el Estado y el Derecho se traduce en importantes ventajas prácticas para uno y para otro. Y estos hechos hacen pensar que tal corresponencia es resultado de implicaciones que no son accidentales, artificiales y externas, sino específicamente ontológicas y existenciales.

IV. Actual dependencia del Derecho respecto del Estado

1. Coordinación entre Derecho y Estado: el Estado de Derecho

La estrecha correspondencia que existe en la época actual entre el Derecho y el Estado se ha manifestado en una categoría o principio cultural histórico que viene ejerciendo desde el pasado siglo una gran fascinación sobre las conciencias: el *Estado de Derecho* [19]. Como realidad histórica, este modelo de organización estatal ha sido resultado de un largo proceso en el que se han ido decantando unos rasgos peculiares que hoy se consideran esenciales y que son capaces de caracterizarlo en forma definitiva. Entre tales rasgos, suelen señalarse los siguientes: 1. Primacía o imperio de la ley, que es expresión de la voluntad general y que regula toda actividad estatal, tanto en la esfera ejecutiva como en el ámbito jurisdiccional, a través de un sistema de normas jerárquicamente estructurado; 2. Separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como garantía de la libertad y freno de posibles abusos estatales; 3. Reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado; 4. Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales propios de la persona humana en su connatural dimensión de personalidad jurídica; 5. Legalidad de las actuaciones de la Administración y control de las mismas a través de un sistema de responsabilidad y de recursos contencioso-administrativos [20].

---

[19] En sentido restrictivo, *Estado de Derecho* es aquél que actúa fundándose en el Derecho y en la forma del Derecho, el que está sometido al Derecho, aquél cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por las leyes, de tal modo que todo el ámbito de poder y actividad estatal esté presidido por normas jurídicas. Para que se pueda hablar correctamente de Estado de Derecho, no basta con que el Estado se proponga como finalidad primordial el asegurar la actuación del Derecho e impedir su violación. Y no basta tampoco con que el Estado elabore y utilice en su funcionamiento un sistema de normas jurídicas, puesto que la simple existencia de un orden jurídico que se aplica por el Estado no autoriza por sí sola a que se hable de Estado de Derecho. Para poder hacerlo, es necesario que todo el poder estatal se transforme en poder jurídico, garantizando su actuación conforme al Derecho; es necesario que el Derecho domine toda posible expresión del poder político, que todo obrar del Estado discurra con sujeción a reglas de Derecho.

[20] Como resulta obvio, estas diversas notas han experimentado un lento proceso de evolución, cobrando distinta importancia y adquiriendo matizaciones varias a través de las diferentes etapas de la historia política y de los distintos marcos geográfico-culturales en que se ha plasmado la existencia real de la categoría del Estado de Derecho. Incluso hay momentos en que, junto a los rasgos

La nota primaria y definitoria del *Estado de Derecho* es, sin duda, la del sometimiento del Estado a la ley, la subordinación de la actividad total del Estado a la regulación jurídica o, dicho con la conocida formulación de G. JELLINEK, la autovinculación del Estado a su Derecho. Pero incluso esta exigencia básica de la sujeción del Estado a su propio Derecho se ha interpretado como una medida exigua, ya que la limitación del Estado por el propio ordenamiento jurídico es una simple autolimitación que, como tal, puede ser neutralizada por un acto correlativo de autodesvinculación o liberación. Se postula, en consecuencia, que la limitación o vinculación jurídica del Estado de Derecho venga marcada por la subordinación a las exigencias del Derecho suprapositivo. Ahora bien, esta tendencia, de tan amplia aceptación en el pensamiento jurídico de todos los tiempos, comporta el riesgo de desembocar en Estados cuya arbitrariedad es realmente ilimitada. Y, por desgracia, la historia nos ofrece pruebas de que no se trata de un riesgo ilusorio.

Sin embargo, hay que tener en cuenta también que el simple hecho de la limitación formal y extrínseca por el Derecho no convierte a un Estado en *Estado de Derecho.* Hay que exigir ante todo la vinculación y sometimiento a una juridicidad de signo personalista, a un orden jurídico estructurado en torno al reconocimiento de la dignidad de las personas humanas y orientado a la realización de las exigencias que dimanan de esa dignidad. No es, pues, suficiente la mera legalidad formal; se exige al Estado de Derecho que se realice en una legalidad de contenido. Y el contenido de esa legalidad integral no puede ser otro que el hombre y su vida, puesto que el hombre es el creador y destinatario del Estado y del Derecho.

2. La creación del Derecho por el Estado

Dentro del tema general de las relaciones entre el Derecho y el Estado, hay una cuestión particular que ha acaparado siempre la atención de los au-

---

fundamentales anteriormente citados, se señala alguna otra característica complementaria. Este es el caso, en la actualidad, del control de constitucionalidad de la legislación. Por otra parte, el proceso de evolución y transformación interna, en cuanto a su alcance y a su contenido, de alguna o algunas de estas características del Estado de Derecho ha impuesto la necesidad teórica de distinguir varios tipos o formas históricas de «Estado de Derecho» (el Estado liberal de Derecho, el Estado social de Derecho, el Estado democrático de Derecho...) y ha provocado, al mismo tiempo, una cierta conciencia generalizada de crisis del «Estado de Derecho».

Es claro que la caracterización que aquí se desarrolla responde fundamentalmente al modelo del *Estado liberal de Derecho*, ya que, en su origen, durante todo el pasado siglo y en las dos primeras décadas del actual las formas del «Estado de Derecho» y del «Estado liberal» están profusa y profundamente vinculadas. Esto no obstante, conviene tener en cuenta la precisa observación de LEGAZ de que si el Estado liberal sólo puede realizarse como Estado de Derecho, el Estado de Derecho no se ha realizado ni puede realizarse sólo en la forma histórica del Estado liberal.

tores: si el Derecho positivo es una creación exclusiva del Estado o si es producido más bien (en exclusiva o juntamente con el Estado) por otras instancias o centros de poder social. La primera opción se designa con el nombre de *monismo jurídico* y la segunda con el de *pluralismo jurídico.* ¿Monismo o pluralismo jurídico? [21].

Habitualmente, el punto de partida para el análisis de esta cuestión es la consideración crítica de esa tesis tan generalizada (especialmente desde el siglo pasado) de que el Derecho se identifica con el conjunto o sistema de normas creadas e impuestas por la autoridad del Estado, siendo, por tanto, una creación exclusiva de éste. Y se ha afirmado, en esta línea, que la más superficial observación histórica pone en evidencia que, si bien el Derecho actual es mayoritariamente de origen estatal, existen múltiples sectores del Derecho que han surgido, o bien totalmente fuera del ámbito de competencia estatal o bien al margen de la actividad juridificadora del Estado [22], como el Derecho internacional [23], el Derecho eclesiástico, el Derecho consuetudinario, el Derecho asociativo o el Derecho consensual [24]. Por lo que ha de con-

---

[21] En este contexto, la expresión «monismo jurídico» tiene un significado que es sólo parcialmente coincidente con el que se le atribuye en la **Lección XX**, al contraponer la doctrina de que «no hay más derecho que el llamado *positivo*» (= monismo jurídico) a la doctrina de que, junto al derecho positivo, existe el ordenamiento del *derecho natural* (= dualismo jurídico).

[22] La independencia del Derecho respecto del Estado parece evidente cuando se habla de la normatividad jurídica vigente en las sociedades con anterioridad al momento en que aparece propiamente el Estado. Pero esa independencia es más amplia. Ciñéndose incluso al período histórico en que el Estado, como forma predominante de organización política de la sociedad, ha conseguido sus momentos más álgidos de dominio, puede constatarse fácilmente cómo subsiste una amplia gama de relaciones humanas cuya ordenación jurídica escapa a su iniciativa de acción directa.

[23] Es un dato del todo incontrovertible que en las relaciones interestatales han llegado a desarrollarse unos sistemas de normas jurídicas que tienen una existencia objetiva propia, distinta de la de los respectivos sistemas jurídicos de cada Estado. Tales sistemas de normas jurídicas, integrados en el llamado *Derecho Internacional Público,* no son creados directamente por cada Estado ni son tampoco impuestos o garantizados en su cumplimiento por él. Incluso ocurre que muchas de esas normas ni siquiera han sido objeto de un acuerdo formal o de una recepción precisa por parte de determinados Estados. Y, sin embargo, tales normas tienen una aplicación positiva y están consideradas generalmente como Derecho.

[24] Parece innegable la existencia de un *Derecho eclesiástico* o Derecho nacido en el seno de las Iglesias, sin dependencia formal respecto del Estado, al que ha de atribuirse, al parecer, un verdadero y pleno carácter jurídico.

El *Derecho consuetudinario* es, como se sabe, un Derecho creado directamente por el grupo social a través de la praxis diaria de sus relaciones. Es un Derecho impuesto por la fuerza social de la colectividad y mantenido por la presión del grupo.

El *Derecho asociativo* es la normatividad jurídica que surge de una forma más o menos espontánea en el seno de las diversas agrupaciones sociales (sindicales, políticas, económicas, profesionales, religiosas, artísticas, benéficas, deportivas, etc.). Este Derecho constituye el ejemplo más palmario y claro de la normatividad jurídica nacida dentro del Estado, pero al margen de su iniciativa. En efecto, las distintas agrupaciones sociales establecen libremente (aunque no sin límites) sus propios estatutos, sus reglamentos, sus ordenanzas, sus convenios, sus instrucciones, sus directrices internas... Y, al actuar así, tales agrupaciones se comportan evidentemente como centros de poder social que, no estando identificados con el Estado, crean un conjunto de reglas de comportamiento social que, por su estructura, por su sentido y por su eficacia, son plenariamente jurídicas.

cluirse que la sociedad internacional, las comunidades religiosas, la comunidad social en su conjunto, las diversas agrupaciones sociales y los propios sujetos individuales de las relaciones sociales son centros relativamente autónomos de creación del Derecho, que se sitúan y actúan en línea paralela con el Estado [25].

Esta actitud del *pluralismo jurídico*, centrada en la afirmación de que las fuentes reales de creación del Derecho desbordan los límites estrictos del Estado, parece reflejar la interpretación más correcta de la génesis real de la normatividad jurídica. En cambio, la tesis del *monismo jurídico* responde a una actitud que simplifica excesivamente la cuestión y que sobrevalora en demasía la importancia de uno de los agentes creadores (el Estado), ignorando la intervención de los otros. La verdad es que en la creación del Derecho intervienen o participan las más diversas instancias o centros de poder social: desde los individuos y agrupaciones sociales inferiores al Estado hasta la comunidad internacional. Por otra parte, la propia regulación jurídica vigente en un Estado es en la actualidad la resultante final de la convergencia de una muy variada serie de fuerzas sociales, algunas de las cuales se orientan en sentidos divergentes al del Estado o se oponen incluso a él.

Ahora bien, debe reconocerse que esta constatación refleja únicamente uno de los aspectos de la cuestión: el aspecto de la creación material o «física» de las normas jurídicas. Y ha de considerarse también el decisivo aspecto de la creación formal de tales normas.

En relación con este aspecto, puede afirmarse que es en definitiva el Estado el que da validez jurídica a toda esa normatividad social que producen los diversos centros de regulación o autorregulación que funcionan en el seno de la sociedad, puesto que las normas que esos centros establecen sólo tienen valor de Derecho en la medida en que el Estado las reconoce y las hace socialmente eficaces con el respaldo de su poder central. Y, cuando el Estado no la reconoce de alguna forma, esa normatividad no llega a ser nunca Derecho o es incluso una normatividad directamente antijurídica.

Según este planteamiento, si bien el Estado no crea todo el Derecho desde el punto de vista material, puesto que no es él el que da origen directamente a la normatividad de las reglas de comportamiento, sí es él el que crea

---

El *Derecho consensual* está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que la voluntad de los sujetos sociales crea cuando éstos deciden otorgar forma y dimensión jurídica a algunas de sus relaciones. Salvado el límite negativo de las condiciones, requisitos y principios fijados por el marco general jurídico a que ha de acomodarse la iniciativa de los particulares, éstos son realmente los que determinan la existencia, el alcance y el contenido de las particulares normas jurídicas que deciden aplicar a sus propias relaciones.

[25] En los tres últimos supuestos, la coordinación de estos centros de normación jurídica con el Estado y las relaciones del Derecho creado por ellos con el Derecho estatal plantea graves problemas, tanto a la teoría jurídica como a la teoría política. ¿Actúan con poder delegado del Estado? ¿Son parte del Estado? ¿Son la manifestación de un nuevo Estado en ciernes?

e impone todo el Derecho desde un punto de vista formal, ya que él es quien lo constituye en última instancia en normatividad propia y técnicamente jurídica [26]. Hay que precisar, no obstante, que este reconocimiento no significa ni presupone aceptar que el Estado sea un agente absolutamente libre y arbitrario de la creación formal del Derecho. En toda su actividad juridificadora el Estado está sometido al principio de legalidad, por lo que su iniciativa creadora de Derecho es ya inicialmente una actividad normada [27].

Puede concluirse, por tanto, que, si bien el Derecho no es creado en forma exclusiva por el Estado, sí es constituido siempre en gran medida por él, en cuanto que el Estado es el que reconoce la fuerza obligatoria de las normas creadas por otras instancias y el que las hace eficaces a través de la acción de órganos integrados en la propia estructura estatal. Y, sobre todo, el Estado es el que garantiza fundamentalmente la seguridad del Derecho al centralizar su delimitación y su sanción. En la actualidad, el Derecho, para valer e imponerse como tal, tiene que ser reconocido, asumido y respaldado en alguna forma por la voluntad suprema del Estado.

[26] Esta conclusión parece ser la más plausible, si se tiene en cuenta que en la actualidad el factor de la coercibilidad es el que determina primordialmente la vigencia y eficacia del Derecho. Y la coercibilidad del Derecho se determina, a su vez, en función de la fuerza constrictiva máxima que le proporciona el apoyo o respaldo de la organización estatal. Es decir, el Derecho se vincula al Estado porque depende de su propia coercibilidad.

[27] Y, por otra parte, esa actividad del Estado queda siempre vinculada por los principios jurídicos o metajurídicos superiores. Por ejemplo, las exigencias de su propia finalidad y de la finalidad del Derecho, los imperativos del bienestar general, de la justicia, del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de sus derechos inviolables, etc.

LECCION V

MORAL Y DERECHO

I. Relaciones históricas y sistemáticas entre Derecho y Moral

Aunque no siempre se tenga conciencia clara de este hecho, el comportamiento de los hombres dentro de la vida social está sometido a menudo a la simultánea dirección de la normatividad moral y de las normas jurídicas. Por otra parte, en la gran mayoría de los casos, la orientación que ambas regulaciones pretenden imprimir a las conductas es totalmente coincidente. Estas simples constataciones confirman la percepción intuitiva de que Derecho y Moral forman parte de un mismo sistema normativo más amplio y que, en consecuencia, están unidos por un haz de relaciones históricas y sistemáticas que no pueden ser ignoradas cuando se explica la actual doctrina general de la distinción/separación entre ambos.

1. Planteamiento y breve referencia histórica

Desde el punto de vista histórico, la formulación explícita y sistemática de la tesis de que Derecho y Moral son dos tipos radicalmente diferentes e independientes de normatividad ética es una conquista reciente del pensamiento humano; hace solamente cuatrocientos años se les veía dentro de una estrecha relación de unidad y dependencia. Por eso, resulta imprescindible tener en cuenta esta dimensión estrictamente histórica de la contraposición Moral-Derecho para darse cuenta de que la distinción y separación han sido el resultado final de un largo esfuerzo por elevar a un plano racional y sistemático el progresivo divorcio que la práctica de la vida social había ido introduciendo entre ellos.

De hecho, como se señaló ya al analizar las relaciones entre Derecho y

Religión [1], los grupos humanos se rigieron durante largo tiempo por una normatividad unitaria y difusa, cuyo origen se atribuía conjuntamente a los antepasados y a los dioses. En esa normatividad estaban incluidos en confusión aspectos hoy tan claramente distintos como el religioso, el moral, el jurídico, el de la urbanidad e incluso el higiénico-sanitario. Ha de afirmarse, por tanto, la existencia de una primera y larga etapa en la que predominó la indistinción total o casi total entre Moral y Derecho, aunque aparecieran ya algunos atisbos de distinción propiciados por el dubitativo avance de la conciencia secularizadora y crítica de los hombres [2].

Más adelante, durante la larga etapa que cubre el período de la Edad Media y parte de la Moderna, se desarrolló ya sistemáticamente el germen de la distinción. Es cierto que Derecho y Moral seguían todavía estrechamente vinculados como parte de una realidad superior: la Etica [3]. Pero eran entendidos como realidades distintas, parcialmente al menos, ya que el Derecho (o *lex humana positiva*) ocupaba un sector propio dentro del amplio campo de la normatividad moral, si bien estaba sometido en su misma razón de ser y en su funcionamiento a las exigencias de la normatividad moral superior (manifestación de la *lex aeterna divina* a través de la *lex naturalis*).

Y, al fin, avanzada ya la Edad Moderna, la distinción teórica entre Derecho y Moral, no sólo se consolidó, sino que fue explícitamente formalizada dentro de los siglos XVII y XVIII, gracias al esfuerzo teórico que, tras la huella de PUFENDORF, desarrollaron TOMASIO y KANT [4].

Según TOMASIO, la búsqueda humana de la felicidad se ve apoyada por tres tipos de reglas: las del decoro, las de la honestidad y las de la justicia.

---

[1] En la **Lección III.** Es inevitable la identidad del esquema interpretativo aplicado a las relaciones históricas Religión-Derecho y Moral-Derecho, ya que, inicialmente, las sociedades se rigieron por una única normatividad global. Por otra parte, es también manifiesto el carácter predominantemente religioso del nacimiento y desarrollo de los códigos morales.

[2] Así, aunque con muchas resistencias, fue consolidándose la diferenciación entre las normas que eran impuestas por los gobernantes y la regulación sacro-tradicional (de carácter predominantemente religioso-moral), que se mantenía siempre a resguardo de la voluntad y de la acción de los hombres. En esta línea ha de situarse la contraposición griega «fisis»-«nomos» y la diferenciación romana entre lo que era «fas» y lo que era «ius».

[3] Así lo confirma la representativa doctrina de TOMÁS DE AQUINO, para quien el Derecho, en cuanto objeto de la Justicia (que era una de las virtudes morales básicas), no era más que una simple parcela del gran orden moral del universo.

[4] Como siempre ocurre, a este significativo hito se llegó merced a la confluencia de muy diversos factores, entre los que merecen ser destacados la liquidación de la vieja sociedad teocéntrica, la coexistencia de confesiones religiosas diferentes dentro de una misma unidad política y la consiguiente ruptura de la antigua unidad ética basada en la unidad filosófico-teológica. Ante esta situación, el Derecho, que tiene siempre necesidad de contar con una validez general, se vio obligado a alejarse de una Moral profundamente mediatizada por las distintas creencias religiosas. Por otra parte, los individuos comenzaron a sentir también la necesidad de que se reconociera la separación entre Moral y Derecho, a fin de que el mundo de su vida interior (Moral/Religión) quedase sustraido a la intervención del respectivo poder político, es decir, para que existiera una verdadera libertad de conciencia.

Las reglas de la honestidad (=Moral) tienden a procurar la paz interior, se ocupan del fuero interno, obligan en conciencia y no son coactivas (por eso, debe decirse que imponen deberes imperfectos). En cambio, las reglas de la justicia (=Derecho) tienden a procurar la paz externa, conciernen solamente a la exterioridad de las acciones, regulan las relaciones con los demás y son coactivas (por eso, puede decirse que imponen deberes perfectos). Así pues, mientras las normas morales se caracterizan por las notas de interioridad y no-coercibilidad, los rasgos definitivos de las reglas jurídicas son la exterioridad y la coactividad.

Este planteamiento de TOMASIO fue asumido por KANT y desarrollado por él a un nivel mucho más elevado de racionalización. Según el gran filósofo de Koenisberg, las *leyes morales* se refieren a la libertad interna, exigen el cumplimiento por razón de la ley misma, son autónomas (en cuanto que el hombre, al cumplirlas, se somete a su propia legislación racional) y no son ni pueden ser coactivas. Por el contrario, el *Derecho* tiende a la protección de la libertad en su manifestación externa, impone deberes externos, se satisface con una conducta exterior ajustada a la norma, es heterónomo y es también esencialmente coactivo, puesto que, en caso contrario, no podría cumplir su propia finalidad.

Por otra parte, la tendencia de neta separación teórica entre Derecho y Moral, que sistematizaran TOMASIO y KANT, fue acentuada más tarde por FICHTE al poner de relieve que la distinción puede llegar a extremos de contradicción, por cuanto las normas jurídicas pueden considerar lícitas e incluso obligatorias conductas que están claramente prohibidas por la ley moral [5]. Finalmente, la división entre el Derecho y la Moral llegó a dominar el panorama doctrinal de los siglos XIX y XX, al ser asumida por el positivismo jurídico. Han subsistido, sin embargo, algunas notables excepciones que propugnan la integración de Moral y Derecho como dos partes o elementos de la Etica y que reivindican la dimensión social de ésta [6].

2. Relaciones sistemáticas entre Derecho y Moral

Dentro de una perspectiva de análisis sistemático, se reconoce que, dado que la conducta humana está sometida simultáneamente a las normas morales y a la normatividad jurídica, la distinción conceptual entre Moral y Derecho no puede pretender implicar ninguna especie de separación existencial

[5] Por ejemplo, la acción de embargo que sume en la miseria a un deudor.

[6] Así, la ya tradicional de las doctrinas escolásticas y la nueva corriente iniciada por HEGEL y alimentada por hegelianos y neohegelianos de diverso signo (por ejemplo, los krausistas españoles).

o funcional de los mismos. Y se piensa, al mismo tiempo, que lo deseable es precisamente que la reglamentación jurídica sintonice al máximo con las maneras de pensar y de sentir de las gentes cuya conducta va a normar, es decir, con sus creencias y convicciones morales [7]. Por otra parte, se reconoce generalmente que, para pronunciarse sobre el tipo de relaciones sistemáticas que puede/debe haber entre Derecho y Moral, hay que considerar dos supuestos fácticos diferentes: unidad de sistema moral y pluralidad de sistemas morales.

En el *primer supuesto*, es decir, en el caso de que en la sociedad a la que corresponde un determinado sistema jurídico haya un sistema moral unitario y coherente, no parecen admisibles las contradicciones estrictas entre Moral y Derecho. Lo que sí puede ocurrir es que no exista una coincidencia plena entre elos, en el sentido sobre todo de que el Derecho permita muchas conductas sociales prohibidas por la Moral, ya que el Derecho no tiene por qué mandar o prohibir todo lo moralmente bueno o malo, sino únicamente aquello que afecta a la vida social.

En el *segundo supuesto*, es decir, cuando las convicciones morales vigentes en una sociedad presentan fracturas, división y oposiciones, será inevitable que existan contradicciones entre Moral y Derecho. En estas situaciones, tan corrientes en las sociedades actuales, habrá todavía sin duda un núcleo de convicciones o valores morales básicos comúnmente aceptados por la gran mayoría de los miembros de la sociedad, puesto que de otro modo desaparecería hasta la cohesión mínima imprescindible para la supervivencia del grupo [8]. Pero, al mismo tiempo, habrá otra serie de aspectos o materias [9] sobre los que no exista coincidencia de valoración entre las diversas doctrinas morales sustentadas por diferentes grupos sociales. Y, en ese supuesto, las discrepancias conducirán de forma casi inevitable a la aparición de verdaderas contradicciones entre el Derecho y algunos de los códigos morales

---

[7] Sin embargo, sigue planteándose con insistencia la cuestión de la primacía de unas u otras normas, sobre todo en aquellas situaciones en que las exigencias de la Moral y del Derecho parecen contradecirse. Ahora bien, es obvio que este problema obtendrá respuestas diferentes según cuál sea la concepción del hombre y del mundo que propugne cada autor, sobre todo según se piense que el valor primordial a proteger es el individuo o la sociedad. Desde el punto de vista tradicional, lo mismo que desde la perspectiva kantiana y liberal posterior, el hombre-individuo-persona y su moralidad, su libertad, priman sobre el Derecho. Pero, para las concepciones de orientación transpersonalista y colectivista, habrá de atenderse prioritariamente a los intereses comunitarios de bienestar, orden y seguridad.

[8] Ese núcleo mínimo de elementos morales básicos incluye, cuando menos, ciertas convicciones en torno al valor de la vida humana y a la gravedad de los atentados contra ella, algunos principios relativos a la organización familiar, determinadas exigencias referidas al cumplimiento de las promesas contractuales o a la utilización de los bienes necesarios para la subsistencia, etc...

[9] Tales como la orientación educativa, el sistema económico, la eutanasia (en determinados casos), el aborto, el divorcio, la propiedad privada, la utilización de las armas (servicio militar, guerra)...

vigentes en la sociedad, planteándose un serio problema de decisión o de elección, tanto para los individuos como para la comunidad.

Para los individuos, se trata del viejo problema del conflicto entre dos deberes opuestos: el de obediencia a las leyes civiles y el de sometimiento al dictamen de la propia conciencia, problema ampliamente analizado en la doctrina clásica [10]. A su vez, para la comunidad, el problema se reduce a decidir qué actitud puede-debe adoptar el Derecho ante el pluralismo moral actuante en el seno de la sociedad. Y, ante esta cuestión, sólo caben dos opciones políticas fundamentales. Una de máximo respeto a la libertad del individuo-persona, que propugna que el Derecho debe regular únicamente el mínimo necesario para la conservación de la vida social, abandonando el resto a la autonomía de los individuos [11]. Otra, partidaria de la beligerancia moral del Derecho, que exige de éste que contribuya positivamente a implantar en la sociedad los principios de una moralidad considerada superior [12].

Así que el dilema planteado no tiene una solución fácil ni cómoda. Por una parte, hay que tener en cuenta que el Derecho está siempre al servicio de la persona humana individual, en cuanto que realiza su existencia dentro de la dimensión comunitaria. Por otra parte, no puede perderse de vista que, por exigencias de su propia función, la regulación jurídica ha de ser general y uniforme para todos los miembros de la sociedad, resultando, en consecuencia, difícilmente asumible la tesis de la simple subordinación a las exigencias no-generalizables de los diferentes códigos éticos presentes en la sociedad.

Puede concluirse, por tanto, que el respeto del Derecho a la privacidad y autonomía moral del individuo es un postulado primario de la organización social, pero que, en caso de conflicto, ha de ceder ante las exigencias del respeto general a las convicciones éticas de la mayoría de los ciudadanos y a los valores fundamentales de la sociedad justamente ordenada [13].

---

[10] Es, pues, ante todo, un problema de fidelidad a las propias convicciones; en definitiva, un problema de fidelidad a sí mismo y, por tanto, un problema estrictamente particular. Lo que no impide que esas convicciones morales lleguen a impulsar a los individuos o a los grupos a luchar social y políticamente por el reconocimiento social y por la recepción jurídica de sus propios principios de moralidad.

[11] Hasta donde lo permita la exigencia de orden general, el Derecho ha de tener en cuenta que las convicciones religiosas, las concepciones políticas y las ideas morales, no sólo exigen un espacio libre de comportamiento, sino también la flexibilidad y tolerancia de la regulación jurídica.

[12] Obviamente, esta opción presenta la gravísima dificultad de implicar que el grupo o sector más fuerte (por el número o por el poder) *imponga jurídicamente* (es decir, incluso por la fuerza) unas determinadas convicciones ético-morales a personas o grupos que no las consideran aceptables, con la consiguiente subordinación del individuo al bien o perfección de la comunidad.

[13] Valores como la generalidad de la ley, la igualdad de trato y de oportunidades, el bienestar y salud pública, el pluralismo ideológico, la seguridad jurídica y política, etc.

II. Referencia a los principales criterios utilizados para distinguir el Derecho de la Moral

Esta referencia parte del supuesto de que todos estos criterios (y otros varios que no serán tratados directamente) son concreciones del constante y reiterado esfuerzo de los pensadores por descubrir las definitivas claves teóricas de la distinción existente entre la normatividad moral y la normatividad jurídica. Así pues, parece razonable aceptar que todos ellos reflejan captaciones exactas de la realidad, si bien la eficacia diferenciadora pueda ser diversamente apreciada, según la valoración que se dé a los respectivos rasgos constitutivos de la Moral y del Derecho.

1. El distinto carácter de las conductas reguladas

Siguiendo el ejemplo de Tomasio y Kant, se ha señalado con frecuencia que el Derecho y la Moral se diferencian por la distinta materia regulada, es decir, porque, mientras que la Moral regula solamente las conductas internas, las normas jurídicas se circunscriben a la regulación de las conductas externas de los hombres. Esta apreciación no es, sin embargo, totalmente correcta, ya que ni es posible el aislamiento de acciones puramente externas ni resulta admisible que la Moral y el Derecho reduzcan su acción de forma exclusiva al ámbito preferencial de las acciones internas o de las acciones externas.

En efecto, es fácil comprobar cómo, por una parte, la regulación de la Moral afecta a toda la conducta humana (incluidas las conductas externas) y, por otra, el Derecho toma a menudo en consideración aspectos o elementos tan internos como los planes, los sentimientos o las intenciones [14].

Por eso, parece inevitable precisar que el sentido y alcance aceptables de este criterio de distinción se reduce a lo siguiente: la Moral regula absolutamente todo el comportamiento humano, pero desde el punto de vista de la interioridad, de la intencionalidad; el Derecho se preocupa fundamentalmente de las implicaciones externas de la conducta, ya que trata de garantizar la paz y seguridad de la vida social. En esa medida, regula prioritariamente las conductas externas (aunque no todas) y sólo toma en consideración la interioridad o intencionalidad en cuanto que esa dimen-

[14] Esto se demuestra, tanto si se recurre al Derecho histórico en el que eran reglamentadas también con mucha frecuencia las creencias religiosas o las convicciones científicas, como si nos atenemos a los Derechos actuales. Ver, por ejemplo, el Código Penal español, en sus artículos 10-6ª (agravantes) o 406 (en los que se toma en cuenta la *premeditación*), o el 500 (en el que opera el *ánimo de lucro*). También en el Código Civil, cuando se valora la *buena fe* (artículos 451, 452 –en relación con el 433– y 453) o la *intención* en los contratos (artículo 1281).

sión llega a manifestarse en la conducta exterior, haciéndose captable y mensurable.

2. La diversa estructura lógica de las respectivas normas

Según este criterio de distinción, Moral y Derecho se diferencian porque, mientras que las normas morales son subjetivas y unilaterales, las normas jurídicas son objetivas y bilaterales [15].

La Moral es *subjetiva* por cuanto se refiere al sujeto en sí mismo, es decir, regula su conducta en atención a su propio interés [16] sin que la estructura de la propia norma incluya ningún comportamiento de ningún otro sujeto. Puesto que los deberes morales no comportan nunca en sí mismos una correlativa legitimación social para la exigencia de su cumplimiento, es obligado afirmar que se mantienen dentro de una dimensión estrictamente subjetiva. Y, al mismo tiempo, la Moral es *unilateral* o unidireccional porque, frente al sujeto a quien obliga, no sitúa a ninguna otra persona que esté legitimada por la misma norma moral para exigirle el cumplimiento de ese deber [17].

En cambio, el Derecho es *objetivo* (o transubjetivo), por cuanto regula la conducta relativa o relacional de los hombres, valorando esa conducta en referencia a la propia estructura y virtualidad de la vida social, no en atención al interés del sujeto obligado. Por eso, establece límites precisos y externamente verificables para el contenido o alcance de sus preceptos: la medida del deber que impone está en la posibilidad jurídica (=derecho) que otro sujeto diferente (y normalmente contrario) tiene de intentar eficazmente que

---

[15] Esta distinción de Derecho y Moral por la diferente estructura lógico-normativa de sus preceptos fue reformulada a comienzos del siglo XX en forma muy gráfica por L. von PETRAZYCKI diciendo que el Derecho tiene una naturaleza *imperativo-atributiva* y que la naturaleza de la Moral es puramente *imperativa*.

[16] Esto no excluye que el cumplimiento de los deberes impuestos por la Moral tenga efectos para otras personas distintas del agente. Lo único que quiere decir es que tales efectos, si los hubiere, no derivan directamente de la norma, puesto que ésta define solamente la conducta de aquél a quien va dirigida y no contempla comportamientos de otros sujetos.

[17] De hecho, sí es físicamente posible que alguien intente conseguir, aun en contra de la voluntad del interesado, la ejecución de la conducta impuesta por una norma moral; pero ese sujeto no estará respaldado nunca por una posibilidad de acción que legitime su reclamación del cumplimiento de esa obligación moral. El mendigo puede pedir ayuda «por favor», «por solidaridad», «por el amor de Dios» «por caridad»..., pero no puede exigírnosla; la máxima moral que impone el deber de socorrer al necesitado no da a éste la posibilidad de reclamar ejecutivamente el cumplimiento de ese deber.

Esto es, al menos, lo que se entiende cuando se afirma el carácter unilateral de las normas morales. Podría pensarse, sin embargo, que, cuando una norma moral impone un deber de comportamiento relativo a otro u otros sujetos, éstos, en cuanto beneficiarios, tienen también atribuida la posibilidad de exigir el cumplimiento de ese deber con plena legitimidad moral. Aunque, naturalmente, no podrán recurrir ante los órganos jurisdiccionales de la sociedad...

ese deber sea cumplido. En otras palabras, el Derecho es también esencialmente *bilateral* o bidireccional, puesto que las normas jurídicas, en virtud de una misma y única determinación jurídica, asignan al mismo tiempo la obligación de un sujeto y la correlativa pretensión o exigencia del otro. Es decir, las normas jurídicas atribuyen posibilidades socialmente eficaces de exigir el cumplimiento de los deberes que imponen y, en consecuencia, hacen inevitable que, dentro de la organización social, existan unos órganos ante los que pueden ser ejercitadas esas posibilidades o facultades (=derechos). Así, frente al deber jurídico, existe siempre un derecho correlativo [18].

3. El modo de imponerse al sujeto (autonomía y heteronomía)

En aplicación de este criterio, se ha venido proclamando tradicionalmente que la distinción entre Moral y Derecho deriva del carácter autónomo de la primera y del carácter heterónomo del segundo. En efecto, sobre la base de la doctrina ética kantiana, se afirma que la Moral es constitutivamente autónoma porque el sujeto, *para obrar moralmente*, ha de actuar según el principio de la razón práctica universal, de tal modo que la máxima de su conducta sea válida para todos los seres racionales. Así, el sujeto, cuando se somete a la ley moral, lo hace por la coincidencia de ésta con la dimensión inteligible de sí mismo. Y, en esa medida, se somete a su propia ley, es decir a la ley de la racionalidad, de la que él mismo es legislador en cuanto ser racional. El Derecho es, en cambio, heterónomo, puesto que, cuando el sujeto se somete a sus normas, no lo hace por la coincidencia de éstas con su propia ley de racionalidad, sino por motivaciones o consideraciones extrañas. Y, en consecuencia, al obedecer al Derecho, no está siendo legislador de sí mismo.

Esta concepción tradicional ha sido, sin embargo, negada desde ambos puntos de vista, aunque insistiendo sobre todo en el carácter finalmente heterónomo de la Moral [19], por lo que resulta imprescindible reformular el plantea-

---

[18] La radical importancia del elemento de la *bilateralidad* en la realidad del Derecho ha sido denunciada desde antiguo, como demuestra la reiterada proclamación de su *alteridad*, rasgo afirmado explícitamente, por ejemplo, por TOMÁS DE AQUINO o por ROSMINI e intuido con bastante aproximación por ARISTÓTELES o DANTE.

[19] Por una parte, se ha negado la heteronomía del Derecho, alegando que, si es en verdad obligatorio, ha de ser autónomo, pues no es posible la existencia de normas obligatorias heterónomas. Por otra parte, se ha rechazado la autonomía de la Moral basándose en la apreciación de que todos los códigos morales tienen un origen estrictamente heterónomo para el individuo, dado que tienen consistencia objetiva y colectiva, dimensión tradicional y comunitaria, con la que el sujeto individual ha de enfrentarse siempre. En este sentido, se afirma que la regla moral aparece en todo caso como heterónoma, puesto que, ya proceda de alguna voluntad divina, ya proceda de una voluntad racional universal (que es un claro sucedáneo de aquélla) o ya proceda de la voluntad social, lo que ocurre siempre es que esa regla se le impone al individuo real desde instancias no totalmente identificadas con él.

miento en términos más ajustados al modo en que actúan las normatividades en la vida real de los individuos.

Parece evidente, en este sentido, que, desde el punto de vista del sujeto individual obligado, Moral y Derecho son igual o paralelamente heterónomos, por lo que la diferencia entre ambas normatividades ha de quedar reducida al modo de imponerse. Las normas morales se constituyen en tales para el individuo a través del asentimiento o reconocimiento de éste. Una norma moral es y opera como tal norma (es decir, obliga al sujeto) en tanto en cuanto (y solamente en tanto en cuanto) el sujeto le reconoce la virtualidad de obligar, en la medida en que este sujeto acepta estar obligado por ella. Cualquier norma moral dejaría de ser verdaderamente moral, si el sujeto, al cumplirla, no la acepta como norma para sí mismo, es decir, si no la reconoce en su conciencia como norma que debe cumplir [20].

Por el contrario, las normas jurídicas se constituyen en tales para el individuo independientemente del asentimiento o reconocimiento de éste. La obligación jurídica es establecida por el Derecho de una manera pura y exclusivamente objetiva, es decir, con total independencia de lo que piense o sienta el sujeto en su interior. El sujeto está obligado a la conducta que le impone la norma jurídica, sea cual fuere la opinión que la misma le merece en la intimidad, tanto si está conforme con ella como si no lo está [21]. Alguien puede estar en desacuerdo con esta o con la otra regla jurídica, o con el Derecho en su totalidad, y, sin embargo, todas esas normas jurídicas siguen obligándole, siguen siéndole exigibles (naturalmente, del modo en que las normas jurídicas son obligatorias y exigibles).

Puede afirmarse, por tanto, en el sentido aquí explicado, que, mientras que el Derecho es una normatividad estructural y funcionalmente heterónoma, la Moral es un código normativo cuya capacidad directiva depende de la aceptación de los propios sujetos obligados, siendo, en consecuencia, autónoma.

4. Distinta relación con la coacción

Se ha señalado también que Moral y Derecho se distinguen por la diferente vinculación que tienen con la posibilidad de recurrir a la coacción para conse-

---

[20] Esto implica que las normas morales no se satisfacen con un mero cumplimiento exterior, sino que implican de forma necesaria la interioridad del individuo, su conciencia y su intención. Las motivaciones o principios de acción son, por tanto, los que más profundamente determinan la moralidad de las conductas.

[21] Alguien puede estar en desacuerdo con esta o con la otra regla jurídica, o con el Derecho en su totalidad, y, sin embargo, todas esas normas jurídicas siguen obligándole, siguen siéndole exigibles (naturalmente, del modo en que las normas jurídicas son obligatorias y exigibles). Ver la **Lección VII** y la **Lección XV.**

guir el cumplimiento de las conductas que imponen. Las normas morales se caracterizan por establecer unos deberes cuyo cumplimiento es incompatible con cualquier tipo de realización forzada [22], mientras que en el Derecho la posibilidad de que el cumplimiento sea impuesto por la fuerza es consubstancial, ya que el logro de ese cumplimiento forma parte del propio sentido funcional básico de la normatividad jurídica.

Así pues, frente a la natural coercibilidad del Derecho, se destaca, como signo diferenciador definitivo, la también natural no-coercibilidad de la Moral, en el sentido de que el cumplimiento de las normas morales no puede deberse nunca exclusivamente a la amenaza de la coacción. Las sanciones y la coacción pueden acompañar a la norma moral, pero no van ni pueden estar implicadas en la estructura de la misma.

Por el contrario, en el Derecho la posibilidad del recurso a la imposición forzada forma parte de su estructura, de tal modo que un ordenamiento jurídico del que hubiese desaparecido la previsión de medidas coactivas quedaría desvirtuado como tal Derecho y se convertiría en un código de buenas costumbres o de moralidad social positiva. Precisamente porque el Derecho es una organización de las relaciones externas entre los miembros de la sociedad en aquellos puntos en que la conducta de unos es condición imprescindible para la subsistencia social de los demás, su aplicación no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de los llamados a cumplirlo. Por eso, el cumplimiento de los deberes jurídicos es exigible por una imposición coercitiva que haga imposible la arbitraria oposición de los destinatarios.

5. La distinta finalidad o función social que desempeñan

Ciertamente, los cuatro rasgos o notas diferenciales examinados hasta el momento recogen y reflejan caracteres y matices peculiares de uno y otro tipo de normas y, en esa medida, son útiles para destacar los contrastes que los separan. Sin embargo, parece razonable pensar que tales diferencias no

[22] Este rasgo no excluye por sí mismo el hecho de que en ocasiones el cumplimiento de las normas morales sea impuesto violentamente a los individuos. Lo único que quiere decir es que, en tales casos, el cumplimiento forzado de una norma moral no es un cumplimiento moral, careciendo, por tanto, de todo sentido y valor moral.

Paralelamente, la afirmación de que las normas morales deben ser cumplidas de forma libre y por propia espontaneidad no quiere decir, ni mucho menos, que en el ámbito de la Moral no exista ningún tipo de sanciones. De hecho, los códigos morales cuentan también con el respaldo de múltiples sanciones del más variado tipo, como pueden ser el remordimiento de conciencia, la infelicidad o falta de plenitud, la frustración por no ser fiel al propio destino ético, el fallo en el desarrollo íntegro de la personalidad... o las sanciones ultraterrenas de diverso signo en los códigos morales vinculados a algún sistema de creencia religiosa.

son más que manifestaciones exteriores o de superficie de alguna otra diferencia más profunda y radical en la que ellas mismas tienen su raíz y fuente explicativa [23]. Así pues, si en el análisis de la contraposición entre el Derecho y la Moral, queremos ir hasta el fondo del problema para identificar las diferencias radicales en las que entroncan todos esos otros múltiples contrastes de superficie que se nos ofrecen en una primera aproximación a los dos tipos de normas, hemos de avanzar hasta el descubrimiento de esa diferencia primaria. Pero ¿dónde está? Al parecer, en las respectivas finalidades o funciones que Derecho y Moral cumplen en relación con la vida humana [24].

En efecto, el fin que se propone el Derecho de manera inmediata y directa es conseguir el mantenimiento y el adecuado desarrollo de la vida social. Por tanto, el Derecho ha de regular todas aquellas manifestaciones de la vida comunitaria que interfieran de manera suficientemente importante en el mantenimiento o en la ruptura de la convivencia social y ha de regularlas de tal manera que resulte posible llegar a conseguir con las máximas garantías el objetivo final que el propio Derecho se propone. En cambio, la Moral, si bien contribuye también a que la convivencia social se realice de una manera pacífica y ordenada, tiene, según la opinión más generalizada, como misión o finalidad específica la consecución de la perfección o plenitud vital del individuo, ya sea en el logro de su felicidad humana, ya sea en el aseguramiento de su buen destino eterno (según se trate de códigos morales no vinculados a la religión o de códigos morales que tienen una fundamentación religiosa). La Moral responde a la necesidad (psicológica, por descontado) que siente el individuo de estar en paz consigo mismo, esto es, con su propia conciencia, mediante la fidelidad o sometimiento interior voluntario a las directrices de la ley moral. Por consiguiente, las normas morales han de regu-

---

[23] En efecto, hemos de preguntarnos por qué las normas morales implican la intencionalidad del sujeto y las normas jurídicas se conforman con el comportamiento meramente externo; por qué las normas morales imponen solamente deberes, mientras que las normas jurídicas, no sólo imponen deberes, sino que atribuyen derechos; por qué las normas morales solamente obligan a aquéllos que aceptan y reconocen su fuerza vinculante y las normas jurídicas obligan con independencia total de la aceptación o asentimiento de los detinatarios; por qué las normas morales no son exigibles por la fuerza y las normas jurídicas, en cambio, implican siempre la coercibilidad.

[24] Partiendo, como parece obligado, del principio de que Derecho y Moral son dos realidades culturales, es decir, dos creaciones instrumentales que el hombre ha promovido para que contribuyan a la mejor realización de su propia vida, es necesario pensar que cada una de ellas cumple una misión específica, peculiar y exclusiva y que esa misión es la que predetermina y define su propio modo de ser. Asimismo, habrá que concluir que el conjunto de los rasgos o caracteres diferenciales de la Moral y del Derecho penden de la respectiva misión o finalidad, ya que la funcionalidad es el elemento que define en última instancia a todos los seres o realidades instrumentales. Por tanto, la pregunta clave sería ésta: ¿por qué (= para qué) han inventado los hombres los dos códigos normativos de Moral y Derecho? De ahí que, aunque los estudiosos de las relaciones entre Moral y Derecho no hayan reparado en él hasta la fecha, deba dedicarse especial atención al análisis de este nuevo criterio diferenciador basado en la respectiva finalidad o funcionalidad.

lar todos aquellos aspectos o manifestaciones del comportamiento humano que afecten a ese fin o interés primario del propio sujeto. Y han de regularlos de tal modo que su correcta puesta en práctica contribuya de forma inequívoca a la consecución del objetivo básico [25].

Pues bien, parece razonable pensar que son estas diferentes finalidades o funciones vitales de la Moral y del Derecho las que determinan la real y profunda diversidad que separa a los dos tipos básicos de las normas éticas. Las demás diferencias o criterios de distinción encuentran en ellas su radicación y su explicación última. Al estar orientados a distintas necesidades de la vida humana, Derecho y Moral han de colocarse inevitablemente en distintas perspectivas cuando establecen la regulación del comportamiento. El Derecho contempla las acciones humanas desde un punto de vista social, es decir, atendiendo a las consecuencias que esas acciones van a tener para la vida del grupo. La actitud o disposición de ánimo del sujeto sólo le interesa en cuanto que puede traducirse en alguna consecuencia social importante [26]. Por el contrario, la Moral contempla la conducta humana desde el punto de vista subjetivo de la actitud o disposición anímica en que está y con la que actúa el destinatario de la norma. Es, pues, el suyo un punto de vista estrictamente intrasubjetivo.

Del mismo modo, por intentar la satisfacción de diferentes necesidades de la vida de los hombres, Derecho y Moral adoptan un distinto modo de operar. Para conseguir el objetivo específico que se atribuye a la Moral, es suficiente que ésta imponga deberes a los sujetos a los que se dirige, sin ser coactiva. En cambio, el Derecho no podría alcanzar nunca su propia finalidad transubjetivo-colectiva, si, además de los deberes que impone a unos sujetos de la normatividad jurídica, no atribuyese simultáneamente derechos correlativos a otros sujetos de esa normatividad y si no estableciese un sistema de compulsión capaz de conseguir el objetivo del orden y la paz social por encima de todo.

La finalidad o función social que justifica y condiciona su existencia parece ser, pues, la raíz última y definitiva de las varias diferencias que existen entre la Moral y el Derecho [27].

---

[25] De hecho, la normatividad moral colabora siempre de una manera relevante en la realización pacífica de la vida colectiva de los grupos sociales. Pero éste parece ser un mero efecto derivado y secundario; la finalidad característica constitutiva es la de ayudar al individuo a conseguir su propia paz interior.

[26] Así, el delincuente que obra a ciencia y conciencia de sus actos ha de ser tratado por el Derecho de distinta manera a aquella en que trata a quien no tiene conciencia de ellos; y el que obra de buena fe recibirá del Derecho un tratamiento distinto del que se le da a quien actúa de mala fe.

[27] Junto a los mencionados, la doctrina ha señalado algunos otros criterios de distinción. Así, por ejemplo, la gran definición de la normatividad jurídica y la indefinición de la Moral (SCHOPENHAUER), la orientación del Derecho hacia un fin temporal —el bien común— y la orientación de la Moral hacia el fin último de la persona (LEGAZ), el obligar del Derecho por motivos exteriores y

III. Problemas que plantea en la actualidad la relación entre Derecho y Moral

Parece que el siglo XX ha sido testigo, al menos en parte, de un proceso de intensificación de la ya tradicional contraposición entre Derecho y Moral. Y este fenómeno resulta perfectamente comprensible si se tiene en cuenta que éste parece ser el momento en que muchas de las circunstancias que originaron la separación han llegado a su desarrollo máximo.

En efecto, hoy, no sólo ha desaparecido ya casi totalmente dentro de las sociedades la unidad religiosa, sino también la unidad ética: tras el pluralismo religioso y probablemente como su consecuencia, se ha generalizado el pluralismo moral. Este hecho ha favorecido sin duda la tendencia a que el Derecho, que ha de ser general y común para todos los miembros de la sociedad, sea también básicamente amoral, es decir, neutral desde el punto de vista de los códigos morales particulares [28]. En caso contrario, le resultaría difícil a la normatividad jurídica cumplir la fundamental función de unir y pacificar las relaciones sociales y correría el riesgo de contribuir a la multiplicación de la división y los conflictos.

Así pues, en la época actual, la doctrina de la separación neta entre Moral y Derecho es el planteamiento dominante. Pero no es el único. Todavía se mantiene viva en muchos ámbitos la vieja idea de la vinculación moral del Derecho. Incluso ha ocurrido que esa convicción ha logrado un cierto crecimiento progresivo a partir de la segunda Guerra Mundial, probablemente bajo el efecto de las terribles experiencias a que había conducido el olvido o menosprecio de algunos de los valores morales básicos de la cultura occidental. Este es el sentido que parece tener el hecho de que se plantee una y otra vez, casi con angustia, la pregunta de si el Derecho puede ser tal Derecho cuando no ordena correctamente la vida, cuando no es suficientemente justo, cuando no se pone al servicio de la persona humana. Se cuestiona si toda la razón de ser del Derecho se reduce a ser un desnudo mandato del poder legítimamente constituído, que viene respaldado por la fuerza organizada de ese poder, o si es más bien un instrumento al servicio de la dignidad

---

empíricos y el obligar de la Moral por razón de la propia ley del deber (Radbruch), la identidad de beneficiario-obligado en las normas morales y la duplicidad de sujetos contrapuestos en el Derecho (Recasens) o la presencia de normas primarias y normas secundarias en el Derecho y la reducción de la Moral a normas primarias (Hart).

Puede señalarse también como diferencia significativa la presencia o ausencia de órganos o instancias que tengan asignada la misión social de garantizar el cumplimiento de las respectivas normas.

[28] Sin embargo, el Derecho no podrá sustraerse nunca a la mediación del código básico de la Moral social, puesto que, en otro caso, se produciría un desajuste tan grave entre la normatividad jurídica y las convicciones éticas generales de la comunidad que resultaría inviable la aplicación misma de ese Derecho.

moral del hombre. Y esta problematización tiene evidentemente su raíz en la interferencia de principios y consideraciones morales.

Por otra parte, hoy, se le exige insistentemente al Derecho que sea respetuoso con las convicciones éticas particulares de los ciudadanos, hasta el punto de dar a menudo preferencia a esas convicciones sobre los principios o intereses comunitarios. Ejemplos como la consagración del derecho a la objeción de conciencia o la defensa de la desobediencia civil son suficientemente sintomáticos de esta situación. Y, así, aunque dentro del ámbito de la elaboración doctrinal se sigue afirmando la distinción/separación entre la Moral y el Derecho, en el campo de la filosofía política se va abriendo el camino a la defensa de un condicionamiento moral de la normatividad jurídica cada vez más fuerte y extenso.

LECCION VI

DERECHO Y USOS SOCIALES

I. La significación normativa de los usos sociales y su relación con el Derecho

Para determinar la caracterización específica del Derecho, suele someterse también a examen su relación con ese tipo de directrices que es designado con los nombres de «usos sociales», «costumbres», «convencionalismos», «reglas del trato social» o «costumbres relativas al trato social» y cuya presencia, variedad e importancia en el desarrollo diario de la vida social son manifiestas [1]. Estas directrices o principios reguladores de gran parte de los comportamientos que los hombres realizan en el ámbito de las relaciones sociales presentan, sin embargo, un alto grado de indeterminación y ambigüedad, por lo que, antes de contrastarlas con las normas jurídicas, precisan que se determine si constituyen o no un tipo peculiar de normatividad.

1. La significación normativa de los usos sociales

Lo que se cuestiona en este punto no es, obviamente, la existencia social de los usos ni su eficacia sobre los comportamientos de los ciudadanos; estos datos primarios son reconocidos de forma general. Lo que se problematiza es la cualidad o carácter de su existencia, es decir, su naturaleza nor-

[1] A diario entramos en contacto con múltiples manifestaciones de los usos sociales. Así, vemos cómo se exige un tipo de indumentaria para las diversas situaciones sociales (boda, funeral, recepción, deporte...), cómo el modo de saludar es diferente de un grupo social a otro (españoles-chinos-esquimales; hombres-mujeres-militares), cómo la comunicación epistolar se adapta a estilos y a tratamientos distintos según el carácter del destinatario (conocido-desconocido; superior-inferior...) o de la relación que se establece (amistosa-comercial; felicitación-pésame...), etc.

mativa. ¿Son o no son verdaderas normas de la conducta humana, como lo son el Derecho y la Moral? Hé ahí la verdadera cuestión.

Ante este interrogante, han surgido respuestas encontradas. Hay autores que niegan que los usos sociales puedan ser considerados como un tercer tipo de normas específicas y hay autores que lo afirman de manera clara y rotunda.

Se ha defendido, en efecto, que no es admisible la doctrina de la especificidad e independencia normativa de los usos sociales porque éstos no realizan ni pueden realizar ningún principio originario de valoración de las conductas. Y, en consecuencia, constituyen una zona intermedia y difusa que está perdida entre las dos únicas posibles normatividades genuinas (la Moral y el Derecho). Según este punto de vista, solamente puede haber dos criterios o principios de valoración ética de las conductas: la relación con el propio sujeto que las realiza y la relación con los otros sujetos. El primero da origen a la *moralidad* y actúa a través de las normas morales; el segundo constituye la *juridicidad* y se realiza en las normas jurídicas. No hay espacio para un tercer tipo de normas. Y, en consecuencia, las directrices contenidas en los usos sociales no poseen una sustantividad normativa propia.

Pero se ha sostenido también la tesis de que los usos sociales constituyen un tipo peculiar e independiente de normatividad, cuya función es realizar dentro de la sociedad el valor de lo conveniente y oportuno desde el punto de vista de la buena educación, valor manifiestamente diferente del valor de lo jurídico (*Justicia*) y del valor de lo moral (*Bondad*). Las «buenas costumbres» contribuyen poderosamente a un desarrollo respetuoso y gratificante de las relaciones que se producen dentro del sistema social de vida. Y, si su acción falla, entonces la vida social se deteriora progresivamente, adquiriendo tonos cada vez más agrios e incómodos. Parece, pues, claro que los usos sociales son un elemento ordenador que no puede estar ausente del sistema social de vida. No sólo ofrecen una gran eficacia práctica de regulación de las relaciones sociales, sino que están también al servicio de un valor y finalidad social peculiares, cual puede ser el buen tono (*decoro*) y la tarea de hacer más grata, menos hiriente, la vida de relación social. Los usos cumplen, por tanto, dentro del sistema de la normatividad social, una misión importante y, al parecer, del todo necesaria. En consecuencia, presentan una independencia funcional y estructural que justifica que sean considerados como un tipo peculiar distinto de normas o reglas de la vida social.

Así que, del mismo modo que, en referencia a épocas primitivas, es inevitable reconocer que los usos o costumbres contenían toda la normatividad ética del grupo, lo es también aceptar que, en la actualidad, esos usos son (al menos, *todavía*) un sector importante de la normatividad ética de la vida social.

2. Las relaciones entre el Derecho y los Usos

A) *Punto de vista histórico*

La actual yuxtaposición de distintos órdenes o sistemas de normas dentro de la sociedad es, sin duda, resultado de una larga evolución que, partiendo de la inicial unidad ética indiferenciada, se ha prolongado durante varios milenios y ha avanzado al paso del desarrollo de la complejidad social [2]. Por eso, la normatividad ética de la actualidad se presenta como un trenzado en el que están entretejidas y mezcladas las normas de los distintos sectores y códigos. Y, aunque, dentro de un planteamiento analítico-especulativo, pueden distinguirse las diversas partes integrantes, éstas no pueden separarse en la práctica sin destruir la normatividad ética del grupo como un todo y sin que, al mismo tiempo, queden destruidos también el sentido y funcionalidad que tiene cada uno de los sectores normativos en cuanto parte del todo. Para el orden social, esta conexión e interdependencia de los distintos sectores de normas es vital. Y para el Derecho, lo es también, puesto que, con frecuencia, recibe de los otros órdenes de normas orientación y apoyo.

El aludido proceso de diferenciación no ha llegado, por tanto, a una total separación y aislamiento de los distintos campos de normas. Y este hecho se debe en gran medida a que, a pesar de la diversidad funcional en que se han desarrollado, los diversos sistemas de normas responden a un mismo elemento estructural de base. En efecto, en todas las relaciones de la vida, el hombre se plantea el proyecto de actuar *correctamente*, si bien logra la corrección de diferente manera en los distintos campos de actuación: haciendo lo *oportuno* (usos sociales), obrando *con justicia* (derecho) o haciendo *el bien* (moral). Pero todas estas diferentes maneras convergen complementariamente para que el hombre pueda realizar de modo más fácil su destino o proyecto vital.

Así que, dentro de la perspectiva histórica, el Derecho y los Usos sociales aparecen como dos partes o sectores de la normatividad global que rige la vida de los hombres dentro de la sociedad. Son, pues, dos bloques complementarios de la ética social, que se ocupan de regular unas u otras rela-

---

[2] En un principio, lo que se exigía del miembro de la sociedad era simplemente la adaptación a los comportamientos practicados tradicionalmente en el grupo. El control del comportamiento social era realizado inorganizadamente por «los otros», de tal modo que cada individuo estaba sometido a la observación y a la vigilancia de su mundo social circundante. Y, cuando alguien infringía las normas de lo socialmente válido, se producía en el círculo afectado una simple desaprobación sentimental. La intervención de unos sujetos sociales (ancianos, sacerdote, jefe...) que deciden la culpabilidad del infractor y que le imponen un castigo fue, como se sabe, bastante tardía.

ciones sociales por efecto de una simple determinación histórica más que en virtud de una previa distribución general de carácter lógico o sistemático [3].

B) *Punto de vista sistemático*

Desde el punto de vista sistemático, la relación existente entre el Derecho y los Usos sociales se manifiesta de muy diferentes maneras y avanza en direcciones bastante dispares.

Se da, en primer lugar, una parcial *coincidencia* de regulación, tanto material como formal, consistente en que, con frecuencia, Derecho y Usos sociales, no sólo regulan simultáneamente unas mismas relaciones o comportamientos, sino que los regulan también en el mismo sentido [4]. Se da también una relación de *complementación* o remisión, no sólo general e implícita (por cuanto los Usos sociales ocupan siempre aquella zona de reglamentación social no cubierta en cada momento histórico por las normas jurídicas), sino también particular y explícita (en cuanto que, con alguna frecuencia, las normas jurídicas se remiten, para su propia delimitación, a la determinación social de los usos) [5].

Asimismo, los Usos pueden y suelen proporcionar al Derecho un general *apoyo funcional.* En efecto, si el sentido de la regulación jurídica coincide con los esquemas normativos de las reglas convencionales, el Derecho tiene una gran posibilidad de conseguir la máxima eficacia y permanencia, puesto que estará sustentado y reforzado por el impulso conformador de los mecanismos psicológicos de comportamiento que proporcionan los Usos sociales. Este apoyo genérico y global ofrece, por lo demás, manifestaciones concretas, como pueden ser la formación del derecho consuetudinario, en base a la práctica fáctica y normativa, o la recepción legislativa de amplios secto-

[3] En principio, todas las relaciones sociales podrían ser contenido de la regulación jurídica, en cuanto que son valorables en términos de justicia, pero nunca lo han sido más que en una proporción bastante reducida. ¿Cuál ha sido el criterio de la selección? Sin duda, la importancia que cada relación ha tenido para el mantenimiento de la vida del grupo. Lo que ha decidido su sometimiento a la regulación jurídica o a la regulación de los usos ha sido siempre en cada caso la valoración que cada grupo ha atribuido en cada momento a las relaciones sociales y a las conductas humanas correspondientes en orden a la conservación y desarrollo de la propia vida social. Resulta, pues, imposible establecer a priori cuáles son las relaciones sociales que por sí mismas van a tener tal importancia que han de ser inequívocamente reguladas por el Derecho. Es la historia la que determina en cada etapa cuáles tienen una importancia vital para la vida social y cuáles no. De ahí, que resulte insatisfactorio el intento de diferenciar al Derecho de los Usos sociales por la materia que cada uno regula.

[4] Así ocurre, por ejemplo, con el tratamiento debido a las personas constituidas en autoridad, con los abusos extremos en el decoro del vestir, con la realización de ciertas necesidades biológicas en las vías o plazas públicas, etc.

[5] Así ocurre en aquellas normas jurídicas en que están presentes las categorías del «pudor», la «buena fe», las «buenas costumbres», los «usos mercantiles», etc.

res de orden social firmemente estructurados con anterioridad por los Usos. Igualmente, hay que incluir como apoyos funcionales concretos todos aquellos casos en que los Usos sociales resultan imprescindibles para integrar el alcance y fuerza normativa de reglas jurídicas basadas en conceptos legales indeterminados, tales como «desorden», «injuria», «atentado a las buenas costumbres», «escándalo», «buen padre de familia», etc.

No se puede pasar por alto, finalmente, que, en múltiples ocasiones, Derecho y Usos sociales entran también en *confrontación*, hasta el punto de que los Usos contradicen al Derecho o éste se ve forzado a enfrentarse a ciertos Usos. Esto último puede ocurrir cuando los usos han perdido su primitivo sentido y racionalidad, siendo rechazados y combatidos por el desarrollo posterior de las relaciones sociales, o cuando las exigencias de los usos de grupos parciales llegan a contradecir las exigencias jurídicas generales del grupo global [6]. En tales supuestos, los Usos constituyen una especie de tiranía de la que el hombre tiene que liberarse mediante la ayuda del poder jurídico. Y se produce entonces una prueba de fuerza de estos dos órdenes de normas en colisión, prueba en la que, con frecuencia, el Derecho sólo puede reafirmar su superioridad después de una larga y complicada lucha. Si la norma jurídica contraria al uso cuenta con el apoyo de concepciones generales que desvalorizan como «mal uso», como opuesto a las «buenas costumbres» primordiales, el comportamiento combatido, entonces tiene buenas perspectivas de éxito. En caso contrario, su triunfo resultará altamente problemático.

De estas diversas posibilidades apuntadas se desprende la conclusión de que los Usos sociales desempeñan de alguna forma una función de complementación del Derecho, actuando en ocasiones como motivo o acicate de su desarrollo y transformación. Pero esta constatación no puede hacernos olvidar que el Derecho y los Usos aparecen también simplemente yuxtapuestos en amplios sectores de la vida social sin ningún tipo de influencia mutua y que ambos códigos conservan, incluso cuando entran en contacto recíproco, su propia independencia normativa.

II. Referencia a los principales criterios de distinción entre Derecho y Usos sociales

Como es obvio, el intento de descubrir los rasgos que pueden concretar la diferencia entre el Derecho y los Usos sociales solamente es razonable dentro de la doctrina que afirma la peculiaridad e independencia nor-

[6] Como ocurrió en el conocido caso del uso estamental del *duelo* o combate a causa de un desafío por motivos de honor.

mativa de los Usos. Quien sostiene que sus directrices pertenecen a la ambigua franja de normatividad que, como tierra sin dueño, es ocupada aleatoriamente por el Derecho o por la Moral no tiene por qué preocuparse de esta cuestión.

Partiendo, sin embargo, de la idea, suficientemente evidente al parecer, de que los Usos constituyen una normatividad social peculiar, resulta casi inevitable plantear el problema de su distinción frente al Derecho. Esta ha sido, por lo demás, una práctica muy extendida entre los cultivadores de la teoría jurídica en la última fase de su historia, de suerte que se han registrado múltiples y variados intentos de encontrar el criterio o base definitiva de diferenciación.

Entre las soluciones que han conseguido mayor aceptación, pueden destacarse las siguientes: materia o sector de la conducta regulada, estructura lógica de las respectivas normas, modo de imponerse al sujeto (o distinto tipo de heteronomía) y relación de las normas con la coacción.

1. La materia o sector de la conducta que regulan

A diferencia de la Moral (que se ocupa prioritariamente de la dimensión interna de los actos), Usos sociales y Derecho regulan fundamentalmente las actuaciones o comportamientos externos, atendiendo al punto de vista del cumplimiento exterior, sin implicar la intencionalidad y sin subordinar su vinculatoriedad a la aceptación voluntaria o a la identificación psicológica del sujeto destinatario con la norma [7]. Pero, según algunos autores (por ejemplo, el gran jurista IHERING), Derecho y Usos sociales se ocupan de distintos sectores de esa conducta exterior, regulando, por tanto, distintas materias.

Ahora bien, tal como ha sido apuntado ya en el desarrollo de la pregunta I, el más leve repaso de la historia de la regulación jurídica en las diferentes sociedades pone al descubierto la imposibilidad de distinguir el Derecho de los Usos sociales por razón de la materia regulada, ya que esa historia pone inmediatamente de manifiesto un entrecruzamiento constante de ambas re-

[7] Así, si uno saluda en la forma debida y usual a una persona a la que está detestando profundamente en su interior, cumple con toda corrección el uso social del saludo. Está obrando mal moralmente, pues actúa con odio y con hipocresía (vivencias ambas que la Moral prohibe), pero se comporta de forma educada, según exigen las reglas del trato social. Incluso puede decirse que tiene un comportamiento excepcionalmente correcto, ya que se considera de gran distinción el disimular en grupo las posibles aversiones personales, siendo, por el contrario, una notable grosería y una ofensa intolerable la manifestación de cualquier tipo de animosidad personal que lleve a prescindir de determinadas muestras de cortesía que, como el saludo, están impuestas por los Usos con carácter general.

gulaciones, de tal modo que hay un gran número de materias o conductas que unas veces son reguladas por el Derecho y otras por los Usos. En consecuencia, ha de admitirse que este criterio de distinción es muy poco resolutorio, ya que no hay relaciones sociales que correspondan en exclusiva a cada uno de los dos tipos de normas.

Lo único que podría afirmarse, en todo caso, (como también se ha indicado ya) es que el Derecho se ocupa siempre de aquellas conductas relativas a las relaciones sociales consideradas por el grupo como importantes para la conservación y el buen funcionamiento de la vida social [8], mientras que los Usos regulan aquellas otras conductas que, siendo de interés para el más correcto desarrollo de las relaciones sociales, no afectan al orden básico o a los valores estructurales del sistema. El Derecho regula aquellas relaciones en las que están implicados problemas de justicia y que, en consecuencia, afectan directamente al orden justo de la convivencia. Los Usos, en cambio, regulan las relaciones en las que aparecen problemas de oportunidad y decoro, es decir, las conductas que pueden afectar a la armonía de las relaciones entre los miembros de la comunidad.

2. La estructura lógica de las normas

Se ha afirmado también (aplicando uno de los criterios básicos formulados para distinguir el Derecho de la Moral) que la verdadera distinción entre los Usos sociales y el Derecho radica en la diferente estructura lógica de las respectivas normas. Aunque unas y otras son objetivas, las normas convencionales carecen de la bilateralidad propia de las normas jurídicas.

En efecto, a pesar de que (a diferencia de la Moral) ambos tipos de reglas se dan, no en atención del propio sujeto obligado, sino por razón de la corrección de las relaciones sociales mismas y para beneficio de los sujetos a los que se refiere la conducta regulada, cada uno de ellos asigna distinto papel a los sujetos implicados en la relación. Y, mientras que el Derecho posee siempre estructura bilateral o imperativo-atributiva, los convencionalismos sociales son en todo caso unilaterales o simplemente imperativos. Es decir, imponen deberes a los sujetos a los que van dirigi-

[8] Lo que, como se sabe, cambia con mucha frecuencia bajo el influjo de las alteraciones que se producen en el orden de importancia de los diferentes factores o situaciones sociales para lo que se considera el interés o bienestar de la comunidad.

dos pero no atribuyen al mismo tiempo a los sujetos beneficiarios la facultad o poder de exigir el cumplimiento de esos deberes [9].

3. El modo de imponerse al sujeto

Los Usos sociales son heterónomos, por cuanto vinculan al sujeto por su pertenencia a un círculo social determinado (de tal modo que, cuando sale fuera de ese círculo, dejan de obligarle) y con independencia de que ese sujeto los acepte o no. En este rasgo coinciden con el Derecho.

Ahora bien, la derivación de los usos desde el grupo hacia el individuo en forma de regla, es diferente de la que da origen al Derecho. La sociedad crea e impone al individuo los Usos sociales de una forma natural y espontánea, de un modo informal, impreciso y anónimo, y le exige el cumplimiento de un modo también genérico y difuso. Por el contrario, el Derecho es en gran medida un producto expresa y formalmente buscado, formulado con precisión técnica, cuyo cumplimiento viene exigido a través de órganos institucionalizados. De ahí que algunos teóricos hayan afirmado que Derecho y Usos sociales tienen una distinta heteronomía de origen, puesto que, mientras que los segundos vienen impuestos y sancionados por la propia sociedad, el Derecho es impuesto y exigido por el Estado [10].

Derecho y Usos sociales son, pues, coincidentemente heterónomos, pero lo son de diferente manera; los dos se imponen al sujeto sin contar con su consentimiento, pero el grado de presión que ejercen sobre él es distinta.

4. La relación con la coacción

Según L. Recasens, la principal distinción entre las reglas del trato social o Usos sociales y las normas jurídicas está en la diferente forma de imperio de unas y de otras y, consiguientemente, en la diferencia entre el tipo de sanción de unas y el de otras. Los usos sociales no llegan jamás a la imposición forzada de la observancia de la norma, mientras que la posibilidad de imponer forzosamente de modo inexorable, irresistible, la ejecución de la conducta debida o de otra sucedánea es esencialmente característica del Derecho. En otras palabras, el Derecho es esencialmente *coactivo*, los Usos sociales no lo son.

---

[9] Es deber de cortesía ceder el asiento a determinadas personas cuando éstas viajan de pie en el autobús o en el metro, pero tal deber no constituye una deuda propiamente dicha y formalmente exigible.

[10] Esta apreciación resulta, sin embargo, inadmisible, ya que una gran parte del Derecho ha surgido y surge inmediatamente, de una u otra forma, de la sociedad, no del Estado.

Ambos tipos de reglas se dirigen al sujeto con la pretensión de que éste las cumpla y tienen previstas sanciones para el caso de incumplimiento, pero los Usos sociales no disponen de la posibilidad (inherente al Derecho) de forzar al cumplimiento de la norma. Las sanciones impuestas por el incumplimiento de las reglas del trato social son solamente expresivas de una censura o rechazo; en cambio, las sanciones jurídicas consisten primariamente y de forma normal en la ejecución forzada de la conducta prescrita [11]. Por otra parte, el tipo de sanción del Derecho es distinto del tipo de sanción de los Usos: la sanción jurídica es organizada, encomendada a un amplio aparato coactivo (policíaco, judicial, penitenciario...) y objetiva, en cuanto que está fijada en la norma y es la misma para todos los infractores en los que concurran las mismas circunstancias. En cambio, la sanción de los Usos es más desorganizada y difusa y mucho menos objetiva, dependiendo su gravedad en gran medida de la personalidad social del sujeto, de su influencia o poder y de las circunstancias sociales [12]. Además, la sanción del Derecho es reiterada, no permite que se siga violando impunemente la norma una y otra vez y (en principio) se intensifica o agrava por causa de la reincidencia, ya que el Derecho trata siempre de anular las conductas contrarias, sin que el incumplimiento pueda llegar a debilitar el vigor de las normas [13].

Estos datos parecen indicarnos que, en definitiva, la diferencia entre Usos y Derecho por razón de su relación con la coacción se reduce a una diferencia en el tipo de sanción. Y, constatando que, en última instancia, las diferencias tipológicas de la sanción se originan en las peculiaridades del mecanismo o aparato sancionador, habrá que concluir que es éste el que decididamente separa el Derecho de los convencionalismos sociales. El mecanismo sancionador de las normas jurídicas (fuerzas del orden y tribunales) es un aparato organizado, institucionalizado y concretamente identificable, al que el grupo social ha encomendado formalmente esa misión. El de los usos, por el contrario, es la presión social, es la constricción

---

[11] Es cierto, no obstante, que en la vida jurídica no siempre es posible imponer forzadamente el cumplimiento de la conducta debida. Existen múltiples casos en que resulta imposible hacer que el sujeto cumpla la conducta debida, aunque se utilice la fuerza. En estos casos, el funcionamiento de las normas jurídicas en su relación de exigibilidad con el sujeto obligado parece coincidir con el de los Usos sociales. Incluso parece que la sanción desempeña entonces un papel punitivo idéntico al peculiar de las sanciones de los Usos sociales.

[12] No es infrecuente que, cuando alguien rompe con un uso social, reciba la repulsa del grupo al principio, pero sea tolerado a continuación y llegue incluso a transformar ese uso o a suplantarlo con otro.

[13] Esto no obstante, si se produce un incumplimiento generalizado del Derecho, puede afirmarse que éste ha dejado de existir como tal. Ver, en la **Lección** siguiente, la relación entre validez y eficacia.

inespecífica y difusa, desorganizada, que el grupo ejerce sobre los individuos.

Puede concluirse, sin embargo, que el criterio de la relación con la coacción, al igual que las otras diferencias entre Derecho y Usos sociales que han sido examinadas (y cualesquiera otras que pudieren tomarse en consideraciòn) tienen su raíz última en la distinta finalidad social que cumplen unas y otras normas. El Derecho sirve a la finalidad de establecer una convivencia pacífica y ordenada, tendiendo a la realización del valor de la justicia; los Usos sociales sirven a la finalidad de facilitar y suavizar las relaciones sociales, de hacerlas más agradables, menos hirientes, realizando el valor del decoro, de la conveniencia y oportunidad social, de la elegancia. Usos sociales y Derecho valoran y regulan la conducta humana en función de distintos criterios y eso hace que su estructura lógica sea diferente, que tengan o no tengan órganos específicos para exigir su cumplimiento y que sean o no sean coactivos.

LECCION VII

CARACTERES ESENCIALES DEL DERECHO

Con la expresión «caracteres esenciales del Derecho» se suele aludir a unos rasgos o notas que, por acompañar al Derecho en todas y cada una de las múltiples y variadísimas circunstancias en que le ha correspondido realizar su existencia a lo largo de la historia, pueden ser considerados como elementos que forman parte del núcleo profundo de su propia naturaleza o modo de ser, hasta el punto de que, si ellos faltan, no llega a existir en sentido propio esa realidad que llamamos Derecho. Ahora bien, ¿cuáles son esos caracteres?

No es fácil contestar a esta pregunta, puesto que, como puede suponerse, la respuesta estará inevitablemente condicionada por la respectiva concepción del Derecho que tenga cada uno. Por eso, en lugar de detenernos ahora en dilucidar el problema de cuáles de los caracteres del Derecho deben ser o no ser aceptados como esenciales, vamos a ocuparnos de explicar las implicaciones de aquellos que, siendo habitualmente admitidos, pueden contribuir mejor a entender lo que el Derecho es según la noción común que se tiene de él [1]. Por ejemplo, la normatividad, la validez, la seguridad, la vinculatoriedad, la coercibilidad y la legalidad.

I. Normatividad, validez y seguridad

1. Normatividad

Actualmente, en el ámbito de la teoría jurídica general se ha asentado pacíficamente la convicción de que el rasgo característico primor-

[1] Obviamente, la explicación que se va a ofrecer aquí es incompleta y superficial. Incompleta, porque no se analizan más que algunos de los rasgos que, desde uno u otro punto de vista, son afir-

dial del Derecho es la *normatividad*. ¿Qué implica o significa esa convicción? En primer lugar, que el Derecho, entendido como aquel instrumento que se utiliza de forma habitual en las sociedades humanas políticamente organizadas para regular la conducta social de los ciudadanos, es ante todo un haz o sistema de normas. En segundo lugar, que el Derecho, en cuanto que es una de las fundamentales formas de ordenar la conducta humana social, tiene carácter esencialmente directivo o normativo, por cuanto no pretende describir o «historiar» los comportamientos que tienen lugar en el seno de la sociedad, sino, antes bien, determinar o prescribir las conductas que deben ser realizadas por los miembros de esa sociedad [2].

Se da, pues, una especie de correspondencia de ecuación entre Derecho y norma jurídica, de tal modo que resulta obvio afirmar que el Derecho, no sólo tiene por sí mismo carácter normativo, sino que se manifiesta también, en última instancia, como sistema de normas o reglas de conducta [3]. Ahora bien, ¿a cuál de los ámbitos normativos pertenece el Derecho: al ideal, al histórico-positivo o a ambos? No es fácil responder a esta pregunta.

Según la doctrina predominante durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del XX, el Derecho se identifica con el conjunto de las normas jurídicas «positivas» (es decir, puestas por el legislador estatal), ya que esas normas cubren todo el campo de lo que puede considerarse como Derecho real. En efecto, tales normas recogen toda la racionalidad jurídica atribuible al proceso democrático de legislación, puesto que, transcendiendo las opiniones y los motivos personales de los sujetos que participan en el proceso legislativo, adquieren una objetividad legisladora abstracta e impersonal.

Sin embargo, esta visión es, para muchos, insatisfactoria e inaceptable, ya que la simple identificación del Derecho con las normas jurídicas «positivas» supondría la pérdida del sentido exigitivo de la idealidad, sentido que, según parece, forma parte de la propia estructura ontológica (=«naturaleza», «modo-de-ser») del Derecho. En consecuencia, al afirmar la normatividad del

---

mados como esenciales; superficial, porque no podrá dedicarse a cada uno de los examinados el espacio que requeriría un análisis suficientemente motivado y profundo. Por eso, se sugiere que, si alguien desea tener un conocimiento acabado de la problemática tratada, complete el breve apunte que aquí se hace con otros estudios más amplios y detallados.

[2] Tanto en la conciencia general de los hombres como en la opinión mayoritaria de los juristas, el Derecho aparece vinculado a la idea de que su principal función es establecer lo que los hombres *deben* hacer en sus relaciones con los otros hombres dentro de la sociedad.

Esta visión es mayoritaria pero no única; el Derecho es visto también, en su manifestación primaria, como *facultad* o conjunto de facultades, como *decisión*, como *orden institucional*, como *relación* o como *conducta*. Y es incluso verosímil que, desde el punto de vista genético, el momento o impulso inicial del fenómeno jurídico haya tenido su sede en alguna de esas situaciones o elementos.

[3] Siguiendo una idea de L. LEGAZ, puede afirmarse que la tesis de la connatural normatividad del Derecho alude ante todo a una prescriptividad intrínseca, es decir, a la posesión de la fuerza directiva que acompaña naturalmente a todos los enunciados que explicitan lo que es recto y justo.

Derecho, no puede pensarse sólo en la capacidad directiva que le proporciona el respaldo del poder estatal, sino que ha de incluirse también la referencia a la fuerza orientadora de los principios o criterios ideales. Pero, como, a su vez, el Derecho no puede reducirse tampoco a una transcripción de las exigencias de lo que es idealmente justo, ya que la vinculación a los condicionamientos provenientes de la vida social (de la que él mismo es instrumento regulador) le es connatural, ha de concluirse que el Derecho incorpora simultáneamente los imperativos de la normatividad ideal y la carga directiva proveniente de los factores histórico-positivos. La normatividad del Derecho se nutre, pues, de la propia normatividad ética de la vida social en la que se incardina y a la que pertenece. Y, en esa medida, trasciende el poder o capacidad directiva de los órganos que establecen las llamadas «normas jurídicas positivas» y, en consecuencia, también el alcance o campo de acción inmediato de éstas.

2. Validez

Es habitual que los estudiosos de la teoría del Derecho afirmen que la *validez* es un requisito esencial del Derecho, de modo que, si puede llegarse a la conclusión de que una determinada manifestación del Derecho carece de validez, ha de concluirse asimismo que ese aparente o presunto «Derecho» no es verdadero Derecho. Pero ¿qué significa realmente esta afirmación? No es fácil entenderlo, si no se hace un gran esfuerzo reflexivo [4].

A) *Concepto general*

Habida cuenta de que existen, al menos, tres definiciones distintas de la **validez** del Derecho, es inevitable comenzar recordando brevemente el concepto o noción que ofrecen esas definiciones.

---

[4] En la acepción más próxima al significado que la *validez* presenta al ser aplicada al Derecho, *valer* equivale a «tener la fuerza o valor que se requiere para la subsistencia o firmeza de algún efecto» (en este sentido se utiliza para decir que «este sorteo que vamos a hacer no *vale*; es solamente un ensayo» o que «el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento no es *válido*»).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, de las varias preguntas en que suelen desglosar los autores el problema general de la validez del Derecho (¿qué es la validez del Derecho? ¿cómo es o cómo se manifiesta esa validez?, ¿cuál es su fundamento o criterio determinante? y ¿cuál es el órgano legitimado para decidir sobre dicha validez?), ahora intentaremos responder solamente a la que se preocupa de aclarar en qué consiste la validez, aunque, en ocasiones, será imposible evitar la referencia al fundamento o criterio determinante de la validez, ya que ambas cuestiones están tan íntimamente relacionadas que a menudo se entrecruzan y aparecen confundidas. Asimismo, es imprescindible tener presente que el problema de la validez del Derecho suele ser analizado casi siempre como cuestión de «la validez de las normas jurídicas» (confirmando así esa corresponden-

Según la *teoría jurídica formal*, la validez de cada una de las normas de un ordenamiento consiste en su propia conformidad con las exigencias establecidas por otra u otras normas que ocupan un plano de preferencia en el orden jerárquico de ese ordenamiento [5].

En cambio, según la *teoría sociológica*, la validez de las normas jurídicas radica en y se identifica con su real efectividad social, es decir, con su habitual observancia por parte de los sujetos jurídicos (sean los directamente obligados, sean los órganos encargados de exigir el cumplimiento) [6].

Finalmente, según la *teoría filosófica* o ética, la validez de las normas jurídicas coincide con su conformidad con las exigencias materiales que dimanan de los principios o valores ético-jurídicos fundamentales. Una norma tendrá validez cuando plasme aquella ordenación de la vida social que en concreto, es decir, dentro de las circunstancias históricas y culturales correspondientes, realice los principios o «valores» objetivos que ha de realizar en cada caso el Derecho (justicia, bien común, orden, seguridad, dignidad de la persona, derechos fundamentales, libertad, igualdad, etc.) [7].

Así pues, si se quiere dar una noción de *validez* jurídica que no esté dominada por la influencia de alguna de estas tres perspectivas básicas de análisis y que trascienda los condicionamientos cronológicos y culturales, habrá que elegir el camino de una definición muy genérica y en buena medida formal. Podría ser ésta: la *validez* es la **cualidad que se predica del Derecho por tener la fuerza o valor requeridos para la subsistencia, aplicabilidad y efectividad de sus disposiciones**, es decir, para poder desarrollar su propia función constitutiva de determinar o dirigir vinculantemente las conductas de los sujetos jurídicos. Y puede afirmarse también que cada una de las normas jurídicas y el Derecho en su conjunto tienen esa cualidad cuando se ajustan a las exigencias que el correspondiente sistema social ha fijado en los diversos principios o criterios de validificación establecidos. Son, pues, en definitiva,

---

cia de ecuación entre «Derecho» y «normas jurídicas» a la que se hacía referencia en el punto anterior).

[5] Así pues, la validez de las normas jurídicas depende de la fidelidad con que su proceso de creación sigue las exigencias prefijadas en el sistema jurídico a que tales normas pertenecen. Y, en última instancia, las normas que constituyen un ordenamiento jurídico reciben su validez de una única norma suprema: la norma fundamental. Pero ésta ¿de dónde recibe su validez? Algunos han afirmado que de sí misma, en cuanto que su validez ha de ser presupuesta para que pueda considerarse al ordenamiento en su conjunto como válido (tómese cuenta de que esta solución, manifiestamente contraria a la lógica inmediata, nos coloca ante uno de los problemas más difíciles de la teoría jurídica).

[6] Esa efectividad social puede provenir, a su vez, o bien del hecho de que las normas están impuestas y respaldadas por un poder que tiene la fuerza suficiente para lograr que sus preceptos se cumplan, o bien del hecho de que tales normas cuentan con la aceptación o reconocimiento mayoritario de sus destinatarios, sea éste explícito o tácito.

[7] Estos principios orientadores objetivos están contenidos, según unos, en el Derecho Natural, y, según otros, en la Justicia, como valor central y primario del Derecho, o en el conjunto de los valores jurídicos básicos.

estos principios o criterios los que deciden cuáles son los elementos cuya realización es imprescindible para que las normas jurídicas puedan ser consideradas válidas. Ahora bien, dado que tales principios o criterios cambian con implacable constancia (aunque también, por lo general, con una considerable lentitud) en función de la época y de la evolución cultural, la validez del Derecho estará sometida en cada caso a condicionamientos diferentes.

Así, en la época actual, se entiende generalmente que la validez del Derecho viene determinada en última instancia por el hecho de que el órgano «legislador» tenga la competencia requerida y por el cumplimiento de las formalidades de procedimiento establecidas en normas jurídicas precedentes o superiores; es decir, por elementos ajenos al contenido de las propias normas.

B) *Validez y eficacia*

Al analizar la validez del Derecho, resulta imprescindible en la actualidad enfrentarse al problema de si (como se ha afirmado desde varios puntos de vista) esa validez está condicionada por la eficacia [8] de tal modo que sólo podrían ser calificadas como normas jurídicas válidas aquellas que han alcanzado un mínimo nivel de efectividad social. Esta doctrina ha sido mantenida siempre, dentro de diferentes perspectivas y con muy distintos grados de intensidad, a lo largo de la historia, pero ha llegado a un planteamiento especialmente agudo en el siglo XX, dentro de la teoría jurídica de H. KELSEN. Por eso, vamos a desarrollar el análisis de las relaciones entre validez y eficacia a través del examen de la doctrina de este autor.

Según KELSEN, la validez de una norma jurídica es algo completamente distinto de su eficacia; pero la eficacia del orden jurídico como un todo y la eficacia de una norma jurídica aislada son condición de la validez, en el sentido de que ni el orden jurídico ni la norma pueden ser considerados válidos si han dejado de ser eficaces. En efecto, la eficacia no se identifica con la validez ni es tampoco su fundamento de existencia, ya que la eficacia jurídica es una simple cualidad de los comportamientos efectivos de los hombres (por tanto, una manifestación del mundo del *ser*) mientras que la validez es una cualidad de las normas (por tanto, una manifestación del *deber ser*). Así pues, ha de afirmarse que las normas de un orden jurídico positivo valen (=son válidas), no porque ellas mismas sean eficaces, sino *porque* su respec-

[8] El Derecho es eficaz cuando logra que se realicen los objetivos o efectos que persigue. Eso se consigue, en la mayoría de los casos, a través del efectivo cumplimiento de las normas por parte de los destinatarios. Pero la eficacia de las normas jurídicas no depende exclusivamente de su cumplimiento espontáneo; se da también cuando se produce un cumplimiento forzado o cuando entran en juego los efectos sustitutorios del cumplimiento.

tiva norma fundamental (que es regla de base de su producción) es presupuesta como válida. Sin embargo, ha de concluirse también que solamente podrá afirmarse que una determinada norma jurídica es válida *cuando* (es decir, mientras que) el orden jurídico al que pertenece es realmente eficaz en el grado mínimo exigible.

Pero esta visión de KELSEN, a pesar de su innegable moderación, choca con determinados datos de experiencia que la desmienten. Así, el propio análisis sistemático estricto del funcionamiento real de los ordenamientos jurídicos positivos conduce a la conclusión de que validez y eficacia son caracteres que corresponden a dos momentos o dimensiones distintos de la vida del Derecho, puesto que éste ha de ser válido *antes de* poder ser Derecho eficaz (es decir, antes de que se produzca fácticamente la conducta humana exigida por la norma). Por otra parte, no es infrecuente el caso de que existan normas jurídicas que son ya plenamente válidas y que no son *todavía* (o no llegarán a ser nunca) eficaces. Por eso, parece inevitable inclinarse por la tesis de que, en principio, la validez de las normas jurídicas no puede depender de su propia eficacia. Por exigencias de su modo de ser y de la función específica que desempeña, el Derecho ha de ser válido o no antes y con independencia de producir entre los destinatarios los efectos que persigue [9]. Ahora bien, tampoco puede negarse que existe a menudo una cierta tendencia de los juristas (teóricos y prácticos) a considerar como carentes de validez aquellas disposiciones que se ven afectadas de una manifiesta y prolongada falta de eficacia [10].

3. Seguridad

Parece que los hombres, sintiendo la urgencia de saber a qué atenerse en todas y cada una de sus relaciones con los demás miembros del grupo, han buscado siempre ante todo la eliminación de la inseguridad y de la incertidumbre del ámbito de las relaciones sociales [11]. Por eso el Derecho, que sur-

[9] Esta es, por lo demás, una característica propia de todas las normas de conducta, por contraposición con las leyes naturales (la validez de las normas éticas no depende de su eficacia; la de las leyes físicas, sí). Así lo confirma también, por otra parte, la resistencia que manifiestan los órganos jurídicos estatales a considerar a la eficacia o ineficacia de las normas como criterio para determinar su validez o invalidez.

[10] En todo caso, es inevitable reconocer que la respuesta que se dé a la pregunta por el alcance de la vinculación entre la validez y la eficacia del Derecho, dependerá en última instancia del concepto que se tenga de la validez. Y, si se entiende con KELSEN que la validez de las normas jurídicas incluye algún grado de efectiva aplicación de su virtualidad directiva, habrá de admitirse que un mínimo de eficacia es imprescindible para que pueda darse la validez.

[11] Cualquier miembro del grupo necesita saber qué es lo que ocurrirá con el ganado que apacentaba o con el campo que viene cultivando, cuando él esté durmiendo o ausente; necesita saber qué es lo que podrán hacer los demás respecto de él y qué es lo que podrá hacer él mismo respecto

ge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo que los hombres tienen que atenerse en sus relaciones con los demás, ha de ser garante de la seguridad. Pero, para conseguir ese objetivo, para dar seguridad a las relaciones sociales, el Derecho ha de ser él mismo seguro.

Así pues, la seguridad ocupa dos posiciones distintas en su relación con el Derecho. Por una parte, se presenta como una especie de aspiración o meta exterior al propio Derecho, por cuanto es un principio informador de la vida social que el Derecho tiene que contribuir a realizar. Por otra parte, se muestra como una cualidad o carácter interno del Derecho, que éste tiene que proyectar, a su vez, sobre el orden de la sociedad mediante la realización de unas determinadas exigencias o requisitos que la teoría jurídica moderna ha ido concretando a lo largo de los últimos doscientos años y que encuentran su manifestación más destacada en estas tres condiciones fundamentales: [1] que las normas jurídicas sean establecidas de forma pública y generalmente vinculante para todos los miembros de la comunidad, [2] que sean autosuficientes, de tal modo que su validez y su fuerza vinculante no queden nunca subordinadas a la aceptación de los sujetos a los que tales normas se dirigen, y [3] que incorporen la posibilidad de hacerse cumplir de modo inexcusable [12]. Si el marco de realización de las normas jurídicas reúne estas condiciones básicas, podrá decirse que el Derecho es seguro y que es capaz de implantar la seguridad dentro del complejo de relaciones sociales que regula, puesto que todos los sujetos jurídicos, no sólo van a saber lo que pueden o no pueden hacer jurídicamente en virtud de una regulación general y estable, sino que sabrán también que sus expectativas jurídicas cuentan con un horizonte fiable de realización. Esto no obstante, suele llamarse también la atención sobre la importancia que tienen otras varias exigencias particulares, tales como la cognoscibilidad de la existencia y del contenido de las normas, la firmeza o estabilidad de la normación jurídica o la legalidad en la actuación de todos los órganos jurídicos [13], para la consecución de una seguridad más intensa en la vida jurídica diaria.

Ahora bien, a pesar de la aplicación de todas estas exigencias o mecanismos, parece obligado reconocer que el Derecho no llegará a conseguir nunca una seguridad plena. Lo único que puede hacer en cada época es tratar de aproximarse al inalcanzable ideal de la seguridad mediante la implantación

---

de los demás. Y no necesita sólo saber esto, aspira a saber también que eso que va a ocurrir o eso que puede hacer ocurrirá o podrá hacerlo con toda confianza y seguridad. Es decir, los hombres tienen la necesidad de que la reglamentación de sus relaciones sociales descanse sobre la certeza.

[12] Para ello, es necesario que sean asumidas y que estén respaldadas por aquel poder que es máximo dentro del sistema o subsistema social en que tales normas tienen vigencia.

[13] Y estas exigencias incluyen, a su vez, otros varios requisitos como la publicidad, la claridad o comprensividad, la permanencia, la irretroactividad, la fuerza o santidad de los juicios y la eliminación de la discrecionalidad y arbitrariedad.

progresiva de los mecanismos más eficaces en cada momento, aspecto este que tampoco es posible determinar de una vez por todas. Ni siquiera en los siglos XVIII y XIX, momento en que la búsqueda de la seguridad jurídica adquirió una relevancia de primer orden [14], se llegó a un acuerdo sobre la importancia y el contenido atribuibles a cada uno de los diferentes medios o mecanismos señalados como necesarios.

Hoy, el contenido de la seguridad del Derecho se cifra en que éste ofrezca a todos los sujetos la posibilidad de determinar en cada momento cuál es la situación jurídica que les corresponde conforme al ordenamiento, es decir, cuáles son sus facultades o poderes, a qué obligaciones habrán de hacer frente, qué responsabilidades asumen, etc. La seguridad jurídica comporta, por tanto, la previsibilidad de las conductas que corresponden a cada uno de los sujetos que entran en relación, según la determinación de los principios y reglas establecidos por el respectivo sistema. Y esta previsibilidad es importante, tanto en el ámbito de las normas jurídicas generales como en el marco de los actos de aplicación o realización de esas normas sobre las posiciones o conductas de los sujetos.

II. VINCULATORIEDAD Y COERCIBILIDAD

1. Vinculatoriedad

El Derecho, en cuanto que es norma de conducta (y como cualquier otra norma) es natural y constitutivamente vinculante, es decir, tiene la capacidad o posibilidad de condicionar determinativamente (=vinculatoriedad) el comportamiento social de los sujetos jurídicos. Pero

[14] Ese fenómeno se debió, sin duda, a las propias características que singularizaban a ese tipo de sociedad. En efecto, por un lado, se produjo el gran desarrollo de una actividad económica cada vez más amplia y más compleja, con la consiguiente exigencia de que los sujetos de dicha actividad pudieran calcular con la mayor precisión posible las consecuencias jurídico-económicas de sus actos. Por otro lado, se extendió un creciente individualismo acompañado de un progresivo incremento en la demanda de mayor libertad en todos los ámbitos de la vida. Y todas esas demandas generaron la exigencia de una más precisa delimitación de las posibilidades de acción de cada sujeto. Sin embargo, a pesar de que la mayor parte de las tendencias y características generales de las sociedades de los siglos XVIII y XIX está presente también en las sociedades actuales, el aprecio por la seguridad jurídica ha disminuido en forma notoria, probablemente por la reiterada incidencia de estos factores: crecimiento vertiginoso de la legislación, paso progresivo de la actividad legisladora a manos del poder ejecutivo, rapidez con que unas disposiciones legales son sustituidas por otras y mayor discrecionalidad de la actividad jurisdiccional. Con todo, todavía sigue considerándose a la seguridad como uno de los elementos o caracteres esenciales de todo Derecho, de suerte que no se concibe que pueda existir un ordenamiento jurídico que no realice la seguridad en la medida mínimamente exigible.

esta capacidad básica y general del Derecho se manifiesta, a su vez, en dos rasgos específicos: la **imperatividad** y la **obligatoriedad**.

A) *La imperatividad*

Hablando en términos generales, cuando se afirma que el Derecho es imperativo se quiere significar que sus normas constituyen órdenes o mandatos para los sujetos a quienes van dirigidas, de tal modo que estos sujetos han de contar con ellos, ya sea para proceder de acuerdo con lo que exigen, ya sea para atenerse a la sanción que su incumplimiento puede comportar [15]. Puede definirse, pues, la **imperatividad** jurídica como «aquella característica del Derecho por la que sus normas se constituyen en preceptos o mandatos que imponen a los destinatarios el deber de realizar las conductas que ellas mismas indican».

Este elemento de la **imperatividad** venía siendo reconocido ya desde antiguo como una de las dimensiones o aspectos básicos de las leyes, pero no llegó a ocupar el puesto privilegiado que se le ha atribuido en la modernidad hasta que las diversas corrientes voluntaristas y especialmente la influencia del voluntarismo democrático de J. J. ROUSSEAU impusieron la conceptuación de las leyes generales como órdenes o mandatos impuestos por un poder (el legislativo) que es el genuino portavoz de la voluntad general y de la soberanía nacional. Y ni siquiera fue totalmente arrinconado cuando, en la segunda mitad del siglo XIX, la decepción respecto de la racionalidad del proceso legislativo hizo entrar también en crisis al credo imperativista [16]; se siguió pensando que la ley es una decisión o imposición (= mandato) del legislador y que la imperatividad es un carácter constitutivo del Derecho. Por eso, se mantuvo y se desarrolló la tesis de que el Derecho se reduce, en definitiva, a un conjunto de mandatos de quien está socialmente legitimado para imponer las conductas que deben realizar en la vida social los miembros de la comunidad política. Sin embargo, esta reiterada adhesión a las conviccio-

---

[15] Según G. DEL VECCHIO, la imperatividad es un rasgo tan importante y esencial para las normas jurídicas que no es posible imaginarse una regla de Derecho que no tenga carácter imperativo, aunque sea bajo determinadas condiciones. El preceptuar o mandar, ya sea en forma positiva, ya sea en forma negativa, es un elemento integrante del concepto mismo del Derecho, puesto que la función constitutiva de toda norma jurídica es prescribir lo que ha de hacerse en la situación por ella regulada.

[16] Las transformaciones del Estado moderno y el desarrollo real del propio proceso legislativo impusieron a los juristas el desencanto y la pérdida de la creencia en la racionalidad de la voluntad del legislador. Consecuentemente, también se produjo la pérdida de la fe en la racionalidad de las propias leyes generales, ya que éstas no son en la mayoría de los casos resultado de decisiones conscientes y reflexivas de las cámaras legisladoras, sino producto de compromisos entre los dirigentes de los grupos políticos. Son, pues, en definitiva, imposición de la voluntad de unos pocos, voluntad cuya racionalidad no puede quedar garantizada ya por la voluntad general.

nes imperativistas no impidió reconocer que la voluntad a la que hay que atribuir la imposición de las normas jurídicas como preceptos no es la concreta voluntad psicológica de los parlamentarios que votan las leyes, sino una voluntad superior presupuesta o sobreentendida: la voluntad del Estado.

El propio H. KELSEN, máximo representante del antiimperativismo contemporáneo durante gran parte de su vida [17], terminó admitiendo que las normas jurídicas son imperativos, si bien no sean simples mandatos o actos psíquicos de voluntad del que hace la norma; son más bien la objetivación del mandato del legislador, puesto que tales normas se independizan de la voluntad legisladora real para adquirir una dimensión directiva objetivada. Son, pues, preceptos o imperativos que, nacidos de un acto real de voluntad del sujeto o sujetos que integran el órgano legislador, se desvinculan de él para constituirse en normas jurídicas en cuanto que se atribuyen o «imputan» a la «voluntad» soberana del Estado.

Parece, pues, razonable concluir que toda norma jurídica consiste en un imperativo o mandato, puesto que encierra en sí la determinación de alguna conducta que impone la autoridad social que está legitimada para ello. Pero no es nunca un simple imperativo o mandato de una voluntad psicológica. En cuanto tal, el Derecho sólo puede ser el «imperativo» o precepto de la decisión o voluntad jurídica de un sujeto que tiene la calidad objetivada de *órgano* agente de la comunidad jurídica y que está dotado de capacidad legisladora. Es, por tanto, en último término, una orden o mandato del Estado.

B) *La obligatoriedad*

La capacidad vinculante (=vinculatoriedad) del Derecho se expresa también en su **obligatoriedad**. En este sentido, se reconoce de forma general que una norma jurídica que no obligara a nada, sino que se limitara a indicar o a

---

17 KELSEN asumió y desarrolló la tesis de ZITELMANN de que el Derecho debe ser interpretado como un conjunto de juicios hipotéticos o enunciados lógicos en los que se ponen en conexión dos acontecimientos, de tal forma que, si se produce el acontecimiento C (es decir, una conducta antijurídica), debe producirse el acontecimiento S (es decir, una sanción). Así, por ejemplo, la norma del actual Código Penal español que estatuye que «el que matare a otro, será castigado como homicida a la pena de reclusión menor» debería ser interpretada, no como una orden o mandato de no matar, sino como un enunciado lógico en el que se afirma que **si alguien matare a otro,** cometiendo homicidio, (es decir, si se da homicidio), **debe ser castigado con la pena de reclusión menor.**

Este planteamiento de KELSEN se apoyaba en su tesis de que las normas jurídicas no pueden ser explicadas como «imperativos» o mandatos de los legisladores porque tales mandatos, en cuanto órdenes de una voluntad psicológica, son hechos psíquicos y pertenecen al mundo del «ser»; en cambio, las normas jurídicas determinan la conducta que debe ser, perteneciendo, en consecuencia, al mundo del «deber ser». Y, según KELSEN, el mundo del ser (o de los datos fácticos) y el mundo del deber ser (o de las normas) son dos ámbitos lógicos radicalmente distintos y lógicamente incomunicados.

aconsejar una determinada conducta como posible y conveniente nunca podría ser considerada verdadero Derecho [18]. El Derecho, por ser Derecho, en cuanto regla directiva del comportamiento social de los hombres, incorpora de forma inevitable la característica de la obligatoriedad. O es obligatorio o no es una normatividad en sentido propio [19]. Pero ¿cuál es el tipo de obligatoriedad que corresponde al Derecho?

---

[18] En rigor, ni siquiera sería una norma propiamente dicha, ya que la estructura óntica de cualquier norma incluye la pretensión de ligar la conducta de los destinatarios al comportamiento establecido en la propia norma. Es decir, toda norma tiene el destino de obligar a los destinatarios de la misma a actuar de una determinada manera y no de otra diferente. En caso contrario, no sería una auténtica norma, sino un simple dictamen, enunciado o juicio informativo.

[19] Ahora bien, no resulta fácil precisar en qué consiste exactamente esa obligatoriedad del Derecho, ya que su posible caracterización y delimitación está sometida a una amplia gama de condicionamientos provenientes de los distintos problemas de la teoría jurídica con los que éste de la obligatoriedad se entrecruza. En efecto, la pregunta por el contenido y alcance de la obligatoriedad de las normas jurídicas se implica muy estrechamente con cuestiones de tanta trascendencia como la de la naturaleza o modo de ser del Derecho, la de las relaciones entre la normatividad moral y la normatividad jurídica, la del carácter ético o técnico-instrumental del Derecho y, sobre todo, la del deber jurídico.

Importa tener en cuenta, en especial, la estrecha conexión que se da entre el problema de la obligatoriedad del Derecho y el tema del deber jurídico. Podría decirse incluso que hay una especie de identificación profunda de ambas cuestiones, puesto que el contenido y el alcance de la obligatoriedad jurídica vendrá determinado en última instancia por el sentido que se atribuya al deber u obligación de acatar el Derecho. Sin embargo, parece que el tema del deber jurídico ha de ser analizado fundamentalmente dentro del marco de los efectos que la regulación jurídica produce en el ámbito de las relaciones sociales (es algo que afecta al sujeto). La obligatoriedad jurídica ha de estudiarse, en cambio, en el contexto de los caracteres esenciales del Derecho y, más en concreto, dentro de la consideración de los elementos o dimensiones o manifestaciones de la vinculatoriedad del Derecho. De esta forma, cada uno de esos temas, tan estrechamente vinculados, se incluye dentro de perspectivas analíticas diferentes, lo que, a pesar de su coincidencia básica, origina una diferente repercusión para la teoría jurídica.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la preocupación teórica por la obligatoriedad del Derecho tiene sus raíces históricas en el campo moral o, para ser más exactos, en el ámbito de las preocupaciones de carácter religioso-moral. Durante mucho tiempo, lo que preocupó realmente a los teóricos fue el determinar si las leyes políticas obligaban también en conciencia o no y por qué y con qué límites. El interés se centraba en saber si era lícito (moralmente lícito, se entiende) desobedecer a las leyes y resistirse a las decisiones de los gobernantes.

Este enfoque moralista y moralizante fue el que dominó con toda evidencia, no sólo en la Escolástica medieval, sino también en la segunda Escolástica y en muchos de los autores del iusnaturalismo racionalista. Posteriormente, con la desvinculación del Derecho respecto de la Moral y con su progresiva secularización, se fue abriendo camino una concepción amoral del mismo (recuérdese el planteamiento de THOMASIO y KANT). Sin embargo, la sombra de la originaria visión moralista siguió gravitando sobre este aspecto de la problemática jurídica, hasta el punto de que la gran mayoría de los autores han continuado definiendo al Derecho como una normatividad específicamente ética. Por eso, el problema de la obligatoriedad del Derecho debe ser estudiado dentro de una perspectiva histórica más bien que según un punto de vista lógico y ontológico. Según esto, la pregunta por la obligatoriedad jurídica habría que formularla, no como interrogante sobre si el Derecho es en sí mismo obligatorio, sino como cuestión sobre si todavía las normas jurídicas, y **qué** normas jurídicas y **cómo** y **por qué**, implican un estricto deber de cumplimiento.

Es cierto que en el lenguaje que transcribe las normas jurídicas subsiste, de manera explícita o implícita, el elemento del deber. Ahora bien, ¿está también presente ese deber en el seno de la sociedad que ha desarrollado y para la que se ha desarrollado la creación instrumental del Derecho?

En este punto preciso es donde aparece el problema fundamental y donde, consecuentemente, surgen las distintas explicaciones doctrinales que se han enfrentado a ese problema y que, pese a sus evidentes diferencias, pueden reagruparse (una vez descartada por razones obvias la doctrina de la simple negación de la obligatoriedad del Derecho) en estas dos posiciones de base: la reducción de la obligatoriedad jurídica a la obligatoriedad moral (= moralización de la obligatoriedad jurídica) y la afirmación de la peculiaridad y autonomía de la obligatoriedad jurídica. La primera se basa en el presupuesto de que la única obligatoriedad propiamente dicha es la obligatoriedad moral u obligatoriedad en conciencia [20]. La segunda se caracteriza, a su vez, por atribuir al Derecho (al menos, formalmente) la facultad o posibilidad de imponer a los destinatarios el deber de ajustar su conducta social a lo que ese Derecho prescribe, es decir, por atribuir al Derecho una peculiar obligatoriedad [21].

Y, si lo está, ¿cómo ocurre eso? ¿cuáles son los motivos (míticos, místicos, psicológicos, psico-religiosos...) que hacen que los miembros del grupo mantengan esa actitud de sumisión obligatoria? (A este respecto, hay que tener en cuenta que, aún en el caso de que el «deber» que acompaña a las normas jurídicas fuese una simple proyección objetivada de una posición psicológica subjetiva —convicción—, ese deber sería totalmente *real*).

Por otra parte, no puede olvidarse que las repercusiones del problema de la obligatoriedad jurídica son primordialmente subjetivas, en el sentido de que afectan ante todo al sujeto de las normas, a su posición frente a ellas e incluso a su vivencia personal. Al Derecho en sí mismo, en cuanto norma objetiva y social, no le importa demasiado el ser obligatorio o no. Lo que le importa sobre todo es ser socialmente «eficiente». Es decir, lo decisivo para el Derecho es realizar efectivamente su dimensión reglamentadora sobre la real organización social.

[20] La doctrina más representativa de esta tendencia es sin duda la del iusnaturalismo tradicional, que ha venido sosteniendo que la obligatoriedad, entendida como una vinculación interna de la voluntad del hombre en cuanto ser racional y moralmente responsable, es una cualidad esencialmente inherente a toda ley ética. Y es, por otra parte, una obligatoriedad que implica un deber de conciencia de cumplir lo que esa ley establece. Pero debe ser incluido también en esta línea de pensamiento el conjunto de doctrinas que hacen descansar la obligatoriedad del Derecho en el hecho del reconocimiento o aceptación de dicho Derecho por parte de los destinatarios, es decir, en el voluntario sometimiento de éstos a las prescripciones de aquél. bien sea que utilicen la fórmula del reconocimiento individual, bien sea que utilicen el recurso al reconocimiento general de la comunidad.

[21] Esta doctrina surgió de una necesidad teórico-práctica que estuvo vinculada a estos dos supuestos: por una parte, el mantenimiento de la afirmación del carácter ético del Derecho, es decir, de su dimensión verdaderamente **normativa,** y, por otra parte, la desvinculación de las normas jurídicas respecto de la normatividad moral. En este sentido, la afirmación de una obligatoriedad jurídica diferente e independiente sólo pudo surgir tras el movimiento separatista, promocionado por C. THOMASIO y M. KANT, que consolidó la escisión entre Moral y Derecho.

Así, en época reciente, pensadores tan representativos como H. KELSEN, los autores del «realismo jurídico escandinavo» o H. L. A. HART han reivindicado el deber jurídico como una categoría básica del Derecho y de la ciencia jurídica y han afirmado que el establecer deberes es una función esencial del Derecho, puesto que, sin la idea de obligación, es imposible describir el Derecho como estructura normativa de la vida social. Donde hay normas jurídicas, la conducta humana se hace en algún sentido obligatoria.

Ahora bien, para estos autores el deber jurídico consiste propiamente en una peculiar relación del sujeto con la norma, en una situación en que el individuo se encuentra respecto del precepto ju-

Se ve, pues, cómo, dentro del actual panorama doctrinal, la obligatoriedad jurídica sólo puede ser conceptuada de alguna de estas dos maneras: o bien como una vinculación interna de la voluntad de los sujetos jurídicos [22], o bien como una situación objetiva en que tales sujetos se hallan colocados por efecto de la norma [23]. En el primer sentido, la obligatoriedad jurídica termina siendo una actitud anímica, un «reconocerse» obligado por parte de los individuos; éstos tienen la convicción de que han de ajustar sus conductas a lo dispuesto por las normas jurídicas porque ese ajustamiento es éticamente bueno y, por tanto, éticamente debido para ellos [24]. En el segundo sentido, la obligatoriedad jurídica se reduce a un mero condicionamiento externo, ya que el deber consiste en una especie de «estar en» una determinada situación ante la norma. En efecto, la obligación jurídica que contiene la norma solamente implica para el sujeto el tener que realizar la conducta indicada por la norma bajo la amenaza de que, en caso contrario, le serán aplicadas las medidas sancionadoras previamente establecidas por el sistema jurídico para dicho supuesto; pero no existe ningún tipo de vinculación subjetiva interna.

Así pues, mientras que en el primer sentido la obligatoriedad del Derecho implica una obligación ética, es decir, un deber interno-externo, en el segundo refleja sólo una obligación puramente situacional y objetiva, es decir, un deber externo o técnico. ¿Cuál es la interpretación que corresponde al genuino modo-de-ser (=«naturaleza») del Derecho y al efectivo funcionamiento de la vida jurídica? En realidad, lo que ocurre casi siempre es que la mayor parte o, al menos, un gran número de los destinatarios de las normas realizan su vida jurídica en el convencimiento de que es éticamente obligatorio ajustarse a lo que ellas prescriben [25]. Y esa vivencia es la que parece corresponder al sentido que tiene el Derecho según su génesis histórica y según

---

rídico, de modo que su conducta está prevista en esa norma como condición para la aplicación de una sanción. Y, en consecuencia, la obligatoriedad jurídica no sería más que la peculiar relación que la norma guarda con los sujetos, cuando coloca a éstos en situación de deber realizar una determinada conducta bajo la amenaza de una sanción para el supuesto de que realicen la acción contraria. Cabe pensar, por tanto, que esta doctrina vacía la categoría de «obligatoriedad» jurídica de lo que debería ser su contenido genuino, por lo que se torna asimilable, en última instancia, a la de quienes sostienen que en el Derecho no hay verdaderos deberes, sino simples responsabilidades (negando así la existencia de una obligatoriedad jurídica propiamente dicha).

[22] Esa vinculación consiste en una especie de presión ejercida sobre la voluntad del sujeto, de tal modo que hace aparecer en éste una actitud anímica de sometimiento.

[23] Lo que es igual a una especie de posicionamiento espacial del sujeto dentro de la trama de líneas de fuerza que operan en el sistema jurídico

[24] Y no son relevantes, a los simples efectos de reconocer la existencia de la obligatoriedad, las muy concretas razones o motivaciones psicológicas (religión, magia, temor, altruismo, desinterés...) que llevan a cada uno a esa convicción.

[25] Ese convencimiento puede nacer de muy diversos factores desencadenantes: religión, sentido de justicia, reconocimiento de que el cumplimiento del Derecho es imprescindible para el mantenimiento de la vida social, inercia psicológica proveniente de la educación recibida, etc.

la función que le corresponde desempeñar en la vida social. Por otra parte, en el supuesto de una convicción contraria por parte de la mayoría de los sujetos, la permanencia y el normal funcionamiento de los ordenamientos jurídicos serían inviables.

Ahora bien, todos estos datos parecen indicar que, en realidad, dentro de la vida jurídica ordinaria, se da una especie de superposición, implicación e incluso integración del deber moral (o religioso-moral) y el deber impuesto por la normatividad jurídica, de modo que se mezclan y confunden la posible obligación moral de cumplir las normas jurídicas y las obligaciones propias que estas normas imponen. Y, sin embargo, de lo que se trata es de ver en qué consiste esa obligatoriedad propia y netamente jurídica que se afirma.

Pues bien, si se quiere mantener la afirmación de que el Derecho posee una obligatoriedad propia y característica no reductible a la obligatoriedad moral, habrá que caracterizar a esa obligatoriedad diciendo que consiste en la capacidad de vincular al hombre, en cuanto sujeto de la vida social y del Derecho, a la realización de las conductas tipificadas en las normas y que esa capacidad nace de la relación necesaria que existe entre el Derecho y la vida humana. En efecto, la inevitable dimensión social de la existencia del hombre y la ineludible necesidad del Derecho para la vida social hacen que sea «naturalmente» obligatorio para el hombre el sometimiento de su conducta social a las normas jurídicas.

El Derecho es forma de la vida social, no por una caprichosa decisión de algunos hombres, sino por una imposición inmediata de la estructura de esa vida. Y, como los hombres realizan inevitablemente su vida dentro del marco de la vida social, viene a resultar que el cumplimiento del Derecho es tan obligatorio como la fidelidad a las exigencias básicas de la propia vida. Por eso, tal vez sería más adecuado hablar de la *necesidad vital* o existencial de cumplir el Derecho que de la *obligación* o deber de hacerlo. Y, en consecuencia, dado que el hombre es un ser (sujeto de acción) «naturalmente» ético, el cumplimiento de las normas jurídicas es éticamente obligatorio.

El fundamento próximo e inmediato de la obligatoriedad de las normas jurídicas está, pues, en el Derecho mismo, en la necesidad del Derecho para la existencia humana, puesto que ésta es un tipo de coexistencia o convivencia al que el hombre no puede renunciar. En definitiva, la necesidad del Derecho para la vida humana es la raiz inmediata de su obligatoriedad [26].

[26] Desde este punto de vista, discutir si el Derecho es obligatorio es algo así como elucubrar acerca de si es o no obligatorio conservar la propia vida.

2. La coercibilidad

Resulta patente por sí mismo que las normas jurídicas no establecen un plan o proyecto de comportamiento social que se presenta ante los ciudadanos como una simple alternativa que éstos pueden seguir o no con absoluta libertad. Su modo de funcionar consiste, por el contrario, en hacer valer unas determinadas exigencias frente a aquéllos a los que se dirigen, consiste en la pretensión de un cumplimiento incondicional y general. Y esto porque el Derecho sólo puede realizar su función de aseguramiento de la vida social (y, mediante ella, de la de cada individuo) siendo una ordenación que se aplique de modo general. En otro caso, si las normas jurídicas permitieran que su cumplimiento dependiera del arbitrio individual, perderían automáticamente su carácter de tales.

De ahí deriva que sea inevitable que las normas jurídicas presenten una necesaria «inquebrantabilidad» o irresistibilidad, es decir, una impositividad de carácter general e incondicional para todo el sector de relaciones sociales que han de regular. Y, por eso, en la actualidad, se afirma de manera general que la capacidad de emplear/aplicar la coacción es uno de los rasgos más definitivamente característicos de la normatividad jurídica. Hay incluso autores que sostienen que esa posibilidad es la nota que distingue al Derecho de todos los demás códigos de normatividad social. Puede establecerse, por tanto, la tesis de que la coacción forma parte en alguna medida de la estructura esencial del Derecho como uno de sus elementos o principios informadores básicos.

A) *Coacción y coercibilidad*

La historia de la discusión en torno al problema del carácter esencialmente coactivo del Derecho pone de manifiesto con toda evidencia que gran número de las discrepancias que se han producido en este ámbito tienen su origen en la utilización de unos términos probablemente inadecuados. Y esa constatación ha dado pie a la distinción entre «coacción» y «coercibilidad» y a la afirmación de que, mientras que la coercibilidad es una característica constitutiva del Derecho, no lo es, por el contrario, la coacción [27].

Por eso, ha parecido inevitable a muchos autores plantear la pregunta sobre las relaciones entre el Derecho y la coacción, no en términos de efecti-

[27] Hay que reconocer, en efecto, que los mecanismo de aplicación de la coacción son muchas veces inoperantes o ineficaces, en el sentido de que ni pueden producir la conducta que los sujetos deberían cumplir por propia iniciativa, ni pueden suprimir el comportamiento ilícitamente realizado, ni pueden siquiera aplicar las sanciones previstas como medida póstuma. Y, en múltiples ocasiones, ni siquiera llegan a entrar en funcionamiento.

va y real *coacción*, sino en términos de posibilidad, en términos de *coactividad* o *coercibilidad* [28]. Es decir, ha parecido preferible centrar el análisis en la capacidad o posibilidad (estructural y funcional), propia del Derecho, de utilizar la coacción para lograr que los sujetos obligados cumplan las conductas debidas o una conducta subsidiaria.

Así pues, la distinción entre «coacción» (=aplicación efectiva de la fuerza coercitiva) y «coercibilidad» (=posibilidad estructural de emplear la coerción) resulta imprescindible para poder superar los vestigios de ambigüedad e imprecisión que han dejado los planteamientos habituales de la doctrina en el desarrollo de la cuestión de si la coacción es o no un elemento esencial del Derecho.

B) *La coercibilidad como carácter esencial del Derecho*

La doctrina sobre el carácter de la relación que existe entre el Derecho y la coacción se ha polarizado en dos posiciones fundamentales: mientras una sostiene que la coacción forma parte de la esencia del Derecho, la otra rechaza abiertamente esa posibilidad [29]. A su vez, la primera posición incluye dos tendencias básicas: la que afirma la esencialidad instrumental y la que proclama la esencialidad material.

Según la *tesis de la esencialidad instrumental* de la coacción, si no fuese por el carácter coactivamente impositivo de sus normas, el Derecho no podría imponer su propia regulación ni podría diferenciarse suficientemente de la Moral o de los Usos Sociales. Y ni siquiera sería capaz de cumplir su propia función social de ordenación de la convivencia. Lo peculiar del Derecho es imponer deberes, pero esa función no puede actuarse sin el apoyo de la coacción y, en consecuencia, ésta es un elemento necesario o esencial del Derecho, ya que, sin ella, no podría realizar su propia misión de ser normatividad social que se impone, aún contra la resistencia u oposición de los individuos.

Según la *tesis de la esencialidad material* de la coacción, ésta es precisamente el objeto o contenido nuclear de la regulación jurídica, en cuanto que ésta actúa como medio o mecanismo para conseguir objetivos sociales me-

---

[28] Por *coacción*, puede entenderse la acción de emplear la fuerza o violencia contra alguna persona para lograr que actúe en un determinado sentido. Este concepto tiene una gran proximidad con el de *coerción*, que puede entenderse como acción de contener o sujetar a alguien para que no lleve a cabo determinadas actuaciones o para que ejecute sus obligaciones. En cambio, la *coactividad* designa la capacidad o posibilidad de recurrir a la coacción, del mismo modo que la *coercibilidad* es la capacidad o posibilidad de recurrir a la coerción.

[29] La cuestión que se debate no consiste en decidir si el Derecho «coacciona» o no (puesto que esto es evidente), sino en determinar si **es** o **no es** naturalmente coactivo, de tal modo que esta cualidad deba enumerarse entre sus rasgos o caracteres constitutivos y esenciales.

diante el ejercicio de la fuerza física. Decir que el ordenamiento jurídico es una regulación coactiva es lo mismo que afirmar que consiste en un complejo de normas que regulan el ejercicio de la fuerza física [30].

Finalmente, según la *tesis que niega el carácter esencial* de la coacción, ésta ni es necesaria ni es a menudo posible en la existencia del Derecho; no puede pertenecer, por tanto, al ámbito de sus caracteres esenciales. El Derecho es un conjunto de normas que se definen por su función de crear derechos y deberes; la coacción aparece como algo secundario y exterior. Esto no excluye, por supuesto, que el Derecho recurra habitualmente a la coacción para garantizar su eficacia. En efecto, aunque las leyes imponen el deber de su cumplimiento con anterioridad a la aplicación de cualquier tipo de coacción, dado que el cumplimiento de las normas es una exigencia necesaria del bienestar social, la autoridad ha de poder exigir coactivamente ese cumplimiento cuando no se realiza en forma voluntaria por los obligados. Pero la vinculación entre el Derecho y la coacción es siempre una vinculación meramente externa, instrumental y accesoria. La coacción es para el Derecho un simple elemento accidental, un factor no-esencial, un mecanismo accesorio de naturaleza extrajurídica [31].

¿Cuál de estas tres distintas posiciones doctrinales es más defendible?

Como ha podido comprobarse a través de su exposición, aunque resulte

---

[30] Así pues, según esta doctrina, la coacción jurídica, no sólo es esencial al Derecho hasta el punto de que el ordenamiento jurídico se caracteriza y se distingue de cualquier otro sistema normativo por la coacción, sino que el Derecho consiste radicalmente en la organización de la coacción, es el conjunto de normas que reglamentan la aplicación de la coacción. Así como la gramática reglamenta la utilización del lenguaje y en eso consiste, así el Derecho regula los comportamientos destinados a lograr, mediante la fuerza, unos determinados resultados; y en eso consiste.

[31] Esta tesis parece venir confirmada constantemente por la propia vida jurídica. En efecto, puede comprobarse fácilmente cómo la vida del Derecho se desarrolla sobre el cumplimiento voluntario de la gran mayoría de sus normas por la mayor parte de los miembros de la sociedad en la mayor parte de los casos. Igualmente, debe reconocerse que existen determinados ámbitos de las relaciones sociales cuya actualización no puede conseguirse mediante la coacción, y esto por la misma naturaleza de las conductas implicadas. Es lo que ocurre en el compromiso, contraido jurídicamente, de realizar algunas determinadas prestaciones personales o en algunas relaciones del Derecho de familia. Por otra parte, sucede también en ocasiones que la coacción jurídica falla porque llega demasiado tarde o porque ya no se puede obtener por la fuerza la conducta debida o impedir la comisión del comportamiento prohibido. Y, en estos caos, la única posibilidad que le queda al Derecho es la de imponer sanciones, la de castigar al infractor de la norma, en el supuesto de que llegue a ser descubierto y aprehendido.

Ahora bien, el planteamiento de esta doctrina choca con una notable dificultad: parece que el Derecho no puede entenderse sin la coacción. A despecho del planteamiento y de las conclusiones de este punto de vista, ocurre que todos los sectores de los ordenamientos jurídicos positivos, aunque ciertamente unos más que otros (por ejemplo, el Derecho Penal mucho más que el Derecho Civil), contienen complejos de normas que se ocupan de la determinación de las medidas de coacción y de la organización y procedimiento para la aplicación de la coacción. ¿Cómo es posible, a la vista de estas normas cuyo carácter jurídico parece indiscutible, no considerar a la coacción, aplicada o en potencia de aplicarse, como un elemento propio, interno y esencialmente constitutivo del Derecho?

difícilmente admisible que la coacción forma parte del núcleo esencial profundo del Derecho, ha de admitirse, no obstante, que éste, por su propia naturaleza y por la propia función social que desempeña, tiene mucho que ver con la coacción, hasta el punto de que no podría ser explicado satisfactoriamente sin remitirse a ella. Resulta patente que hay múltiples situaciones en las que la coacción de las normas jurídicas no está presente, bien porque se hace innecesaria (ya que las normas son cumplidas voluntariamente), bien porque su aplicación resulta inviable. Pero no parece posible pensar una norma que sea genuinamente jurídica y que carezca de la posibilidad estructural de aplicarse coactivamente en caso de necesidad. Ha de concluirse, por tanto, que la *coactividad* o *coercibilidad* es un rasgo necesario y constitutivo, es decir, **esencial** del Derecho [32], si bien probablemente no sea un elemento esencial primario [33]. Es esencial en cuanto pertenece a la estructura y sentido funcional del Derecho, a su peculiar modo-de-ser norma de la conducta humana dentro de la vida social (distinta de los otros tipos o códigos de normas del comportamiento social de los hombres). Pero es secundario o derivado porque viene exigido por la función o finalidad primaria del Derecho, que consiste en reglamentar las relaciones sociales de tal modo que se haga posible la conservación de la vida social según una organización que realice en cada caso aquellos principios o valores que han sido aceptados y que son defendidos e impuestos por el grupo en cada momento histórico.

En efecto, el Derecho consiste primaria y fundamentalmente en un mandato que se dirige a seres racionales, imponiéndoles deberes jurídicos a los que corresponden (en otros sujetos) unas facultades de exigir el cumplimimiento de tales deberes. Esto es lo primordial. Y esto es también lo único que se da en un gran número de casos para lograr que las relaciones sociales se desarrollen ordenadamente. Mas, existiendo la posibilidad de que los sujetos no cumplan voluntariamente sus deberes jurídicos, resulta imprescindible que el Derecho cuente también con la posibilidad de recurrir a una aplicación coactiva, por lo que parece obvio reconocer que el

[32] El Derecho pretende que los sujetos realicen aquello que es considerado por la sociedad como necesario e imprescindible para otros sujetos. Por tanto, la realización de las conductas que impone no puede depender del arbitrio de quienes deben realizarlas, sino que tiene que ser impuesta de modo incondicionado, autárquico y absoluto. Lo contrario sería un radical sinsentido. El Derecho es Derecho porque puede y en la medida en que puede imponerse de forma inexorable a todos sus sujetos con, sin o en contra de la voluntad de éstos. Por eso, ha de imponer a todo trance la conducta debida (este es el sentido primario y pleno de la coercibilidad) o una sucedánea y ha de intentar impedir por todos los medios la realización de la conducta prohibida, siempre que lo uno y lo otro resulten posibles en la práctica.

[33] Si fuera así, entonces la coactividad, la aplicabilidad de la fuerza, la violencia como aplicable, sería el núcleo esencial más profundo del Derecho. Y el Derecho debería ser definido esencialmente desde su orientación a la aplicación de la fuerza, opción que resulta muy poco (o nada) convincente.

rasgo de la *coercibilidad* le es tan connaturalmente necesario que ha de ser incluido entre los caracteres que forman parte de su concepto esencial.

III. La legalidad

La *legalidad*, en cuanto carácter fundamental, significa que el núcleo central del Derecho está integrado por *leyes*, es decir, por normas o cuerpos de normas establecidos por el poder legislativo [34]. Esta exigencia fue introducida por las revoluciones liberales de finales del XVIII y cristalizó en el Estado de Derecho liberal-burgués. En efecto, la triunfante revolución burguesa, necesitada de asegurar sus propias conquistas, poseída de una fe casi absoluta en la total racionalidad de la ley general y deseosa de eliminar, de raíz y definitivamente, una arbitrariedad judicial y administrativa de sobra conocidas, optó por la codificación y la institucionalización de la división de poderes. Y, de esta forma, el Estado liberal implantó una tajante separación entre la función política de crear el Derecho, con la consiguiente supremacía de la *ley*, y las funciones judicial y administrativa a las que se asignó la aplicación estricta del Derecho legislado.

Parece, pues, claro que la afirmación de la *legalidad* como carácter esencial de los ordenamientos jurídicos es una manifestación de la fe en la racionalidad inmanente de las normas jurídicas que han sido establecidas por las decisiones de los representantes de la soberanía popular. En consecuencia, en la medida en que ha resultado inevitable abandonar (al menos, parcialmente) esta fe, se ha ido perdiendo también la tradicional confianza en la legalidad y se ha terminado por asumir un concepto estrictamente formal o procedimental de la misma. Con todo, el principio de la legalidad del Derecho concita todavía un reconocimiento generalizado.

Así, en la actualidad, el Derecho es interpretado como un sistema de legalidad, entendiendo que todo él está sustentado por la ley fundamental constitucional, de la que deriva escalonadamente todas sus normas, según la conocida teoría de A. Merkl y H. Kelsen. Y, en esa medida, el carácter jurídico de las normas se determinará por su concordancia con las exigencias establecidas en las leyes generales y, en última instancia, en la suprema ley

[34] Aparte del «sentido amplio» con que aparecen utilizados los términos *ley* o *leyes* dentro del lenguaje jurídico en referencia al conjunto global de las normas jurídicas vigentes y junto al «sentido técnico estricto» que también tiene (en cuanto norma jurídica creada por el poder legislativo de conformidad con el proceso y las formalidades establecidas), la *ley* es entendida habitualmente como la norma jurídica general creada e impuesta por la organización política constituida en Estado. En consecuencia, dentro de este tipo o forma expresiva del Derecho quedan incluidas todas las manifestaciones a través de las que se plasma, con carácter y alcance general, la potestad de dictar normas que compete al Estado y que éste ejerce a través de sus distintos órganos.

de la Constitución. Cuando alguna norma carece de esa concordancia, el principio de legalidad la excluye automáticamente del campo jurídico positivo. Ahora bien, para que tal consecuencia se produzca con plena eficacia, será imprescindible que este hecho sea contrastado y sancionado por un órgano especialmente cualificado: el Tribunal Constitucional. Y. si esto no ocurre o si no existe ese órgano, se corre el riesgo de que todo lo que el poder legislativo (poder controlado a menudo por el gobierno, no se olvide) considera ley tendrá que ser aceptado como tal en el sentido que la Constitución da a ese término. Con lo cual, la *legalidad* del Derecho terminaría identificándose con la práctica normalizada de una burocracia estatal dominada por la preocupación de la funcionalidad institucional y la eficacia tecnocrática.

Por otra parte, la *legalidad* del Derecho, en su sentido más propio, implica la exigencia de que el ordenamiento jurídico estatal sea establecido sobre todo por el poder legislativo, puesto que esa vía es la única que garantiza satisfactoriamente la protección de los intereses generales de la comunidad política. Y, por eso, se proclama habitualmente el «principio de legalidad» y se articula en las Constituciones la llamada «reserva de ley», de tal modo que determinadas materias que son consideradas por la propia comunidad política como especialmente importantes sólo pueden ser reguladas mediante leyes aprobadas por las correspondientes cámaras legisladoras (y, a veces, con exigencia de mayorías cualificadas). Esto significa que el reconocimiento de la *legalidad* del Derecho sigue vinculado todavía a la preocupación por la defensa de los intereses generales frente a la utilidad inmediata de los grupos dominantes y a la fe en la capacidad que tienen los órganos democráticos de llegar a descubrir en cada caso las exigencias de la racionalidad jurídica.

LECCION VIII

GENESIS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

I. Los grandes momentos de la vida del Derecho: creación, aplicación y desaparición de las normas jurídicas

1. Las fases de la existencia del Derecho

Tal como se viene advirtiendo reiterativamente, el Derecho se caracteriza ante todo por ser una realidad cultural e histórica, es decir, algo que el hombre crea, en el proceso de su propia autorrealización social, para que contribuya a resolverle algunas de las necesidades o problemas que la vida colectiva plantea. En este sentido y desde este punto de vista, las diversas normas jurídicas que integran un determinado Derecho histórico y el propio Derecho como fenómeno cultural general constituyen una realidad dinámica, cuya existencia y operatividad se desarrolla dentro de un proceso relativamente complejo. Tienen, pues, su propio ciclo vital en el que destacan, naturalmente, tres grandes momentos o fases: el *nacimiento* o aparición, la *realización* o acción efectiva sobre el sistema de las relaciones sociales y la *desaparición* o pérdida definitiva de su virtualidad normadora.

El primer momento es aquél en que las reglas de Derecho surgen en el horizonte de un determinado ordenamiento o sistema jurídico histórico con su plena capacidad directiva. Es el momento en que se plantea esa compleja problemática que ha venido recogiéndose históricamente dentro del tema general de la «creación del Derecho», problemática que, en su estricta dimensión cognoscitiva, será analizada al explicar esa notable manifestación del conocimiento práctico que es la *Política jurídica* [1].

El segundo momento representa el amplio proceso a través del cual lle-

[1] En el epígrafe II de la **Lección XVI.**

gan las normas jurídicas a realizar su propio destino reglamentador, configurando de forma inmediata y efectiva el correspondiente sector de los comportamientos y relaciones sociales. A esta fase se la ha venido designando tradicionalmente con el nombre de «aplicación del Derecho» y en ella suele incluirse la problemática general de la *interpretación*, en razón de que la acción tendente a captar el sentido y el alcance normativos de las reglas jurídicas es imprescindible para que el Derecho pueda actualizar esa eficacia directiva inmediata que es la que legitima su existencia [2].

Finalmente, el momento de la desaparición es el momento en que cada una de las normas jurídicas, un determinado bloque normativo (ley o código) o todo un ordenamiento jurídico en su conjunto pierden su calidad de tales y dejan de formar parte de la normatividad jurídica que está vigente en una concreta organización social. Es, pues, el momento a partir del cual lo que antes era Derecho deja de serlo en adelante.

Esta última fase de la vida del Derecho es ciertamente importante, sobre todo por lo que respecta al análisis de las causas o factores que dan lugar a que algo que estaba siendo Derecho vigente deje de ser tal Derecho a partir de un determinado momento. Sin embargo, en esta lección, nos ocuparemos solamente de algunos de los problemas o cuestiones que surgen en el momento de la *creación* y en el momento de la *aplicación* o «realización» del Derecho.

2. La relación entre «creación» y «aplicación» del Derecho

Según la visión tradicional del liberalismo jurídico-político, *creación* y *aplicación* del Derecho son fases o funciones de la vida jurídica que, no sólo son distintas, sino que están también tajantemente separadas. Hay, por un lado, una actividad legislativa que se centra en la producción de normas destinadas a prever la resolución de los problemas o situaciones conflictivas de la vida social y hay una actividad jurisprudencial que se limita a la efectiva aplicación de esas normas sobre los problemas o situaciones conflictivas reales. Y, mientras que la primera arranca de los problemas sociales para llegar a la formulación de las normas jurídicas, la segunda parte de las normas jurídicas existentes para llegar a la regulación justa de los problemas concretos de la vida social.

Sin embargo, este dogma de la contraposición entre la función de creación y la función de aplicación del Derecho fue también contestado por una

[2] Sin embargo, la *interpretación* es una actividad que está presente en todo el complejo proceso existencial de la normatividad jurídica, afectandó al momento de la *creación* tanto como al de la *aplicación*.

parte de la doctrina [3] y desmentido por la propia vida jurídica real, dando paso a una nueva visión de signo contrario que ha encontrado, por el momento, su expresión más depurada (y, por ello, paradigmática) en la teoría, iniciada por A. MERKL y difundida por H. KELSEN, que concibe el orden jurídico como una estructura de niveles o escalones unidos entre sí por un nexo de derivación progresiva. Según esta teoría, los diversos elementos integrantes de un ordenamiento jurídico constituyen una unidad dinámica, en cuanto que están unidos por una relación de producción o derivación; y es precisamente esa relación la que permite referir todas las normas vigentes a un único centro jurídico: la norma fundamental. El tránsito de un escalón normativo a otro, sea cual sea el nivel del ordenamiento en que se produce, se debe siempre a una actividad en la que están simultáneamente presentes el aspecto de la aplicación de una norma anterior y el aspecto de la producción o creación de una nueva norma. Así pues, no hay separación entre la creación y la aplicación del Derecho.

Este planteamiento adolece, sin embargo, de dos desviaciones o falseamientos en la interpretación de la realidad jurídica, que obligan a relativizar su propia fiabilidad [4], sin que ello suponga retornar a la visión escisionista propia del siglo XIX. En realidad, entre la actividad creadora y la actividad aplicadora del Derecho, no se da ni una separación absoluta ni una absoluta unificación, sino más bien una cierta continuidad matizada por la presencia de unas diferencias cualitativas que radican en la distinta función social y en el diverso ámbito de la realidad jurídica en que actúan [5].

---

[3] Por ejemplo, por la **Escuela** o movimiento **del Derecho Libre,** por el **Institucionalismo,** por la **Jurisprudencia Sociológica** o por el **Realismo Jurídico** norteamericano. Y, gracias a las críticas y tesis innovadoras de estas corrientes doctrinales, se llegó, no sólo a una profunda relativización de la separación entre la actividad creadora y la actividad aplicadora del Derecho, sino también al reconocimiento de que la actividad de los jueces y de los órganos administrativos supone a menudo una directa intervención en el proceso general de creación de la normatividad jurídica.

[4] En primer lugar, hace una lectura sesgada del funcionamiento real de los diversos poderes que intervienen en el proceso de creación y aplicación del Derecho. En efecto, por más que, desde el estricto punto de vista lógico-formal, las funciones que lleva a cabo el órgano que crea Derecho (sea constituyente u ordinario) coincidan con las desarrolladas por la Administración pública o por los jueces, ha de reconocerse que, dentro de una consideración realista e integral, tales funciones son actividades cualitativamente distintas, tanto por su capacidad de iniciativa, como por el alcance, la fuerza y la eficacia de su acción. Y, en segundo lugar, deforma la dimensión del conocimiento jurídico desarrollado en cada una de las dos actividades. En realidad, dicho conocimiento no es, como se presupone, totalmente igual para los dos momentos del proceso, sino que presenta divergencias notables en cada una de las actividades de creación y de aplicación del Derecho. En la primera, el conocimiento jurídico práctico se aplica principalmente a detectar y a traducir en principios y normas jurídicas las aspiraciones, los intereses y los valores políticos predominantes en el seno de la sociedad. En la segunda, en cambio, ese conocimiento se vuelca ante todo en la aplicación de las directrices jurídicas vigentes a la realidad social concreta.

[5] Esto no obstante, debe proclamarse que la actividad jurisprudencial, especialmente la actividad jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales, tiene siempre una misión política de transformación de las estructuras jurídicas y sociales, que no puede traicionar. Esta misión es particular-

II. Sujetos creadores de Derecho y formas de manifestación de la normatividad jurídica

Sin duda, el conocimiento de la problemática implicada en la aparición de una nueva norma jurídica o de un sistema de normas dentro de una determinada organización social es imprescindible para una adecuada comprensión del fenómeno jurídico en toda su globalidad. Por eso, suele dedicarse bastante atención al tema de las llamadas «fuentes del Derecho», tema en el que viene recogiéndose tradicionalmente tal problemática.

A su vez, este tema ha venido ocupándose tradicionalmente de dos cuestiones o problemas que, siendo netamente diferentes, han sido (y son) tratados a menudo de forma bastante confusa. Esas dos cuestiones son: la identificación de los factores o instancias que producen la aparición de las normas jurídicas en el seno de la organización social y la determinación de las formas o tipos jurídico-culturales a través de los que dichas normas se integran en el ordenamiento jurídico. La primera se recoge en el apartado dedicado a las *fuentes materiales* y la segunda en el dedicado a las *fuentes formales* [6].

1. Las «fuentes materiales» del Derecho

Tal como se acaba de señalar, al estudio de las *fuentes materiales* del Derecho le compete, sobre todo, establecer la identidad de las instancias o factores que actúan como agentes creadores de Derecho en el seno de la organización social. Ahora bien, esta tarea puede ser llevada a cabo dentro de enfoques bastante diferenciados y con distinto alcance o profundidad. Así, es bastante habitual que la pregunta por las «fuentes materiales» del Derecho se ocupe de averiguar cuáles son las realidades, poderes o fuerzas sociales que intervienen en la producción de la normatividad jurídica. Pero puede considerarse preferible (como aquí se hace) que esa pregunta se centre más bien en la búsqueda de los «sujetos» cuya actuación en el seno de la organización social termina siendo creadora de normatividad jurídica de un modo

---

mente intensiva dentro del actual ordenamiento jurídico español en virtud del principio dinámico progresivo que la propia Constitución incorpora en el párrafo quinto de su Preámbulo y en el número 2 del artículo 9.

[6] Es cierto que, en el Derecho, las «fuentes materiales» y las «fuentes formales» reflejan una notable vinculación mutua, puesto que, en general, cada «fuente material» actúa a través de una determinada «fuente formal», es decir, cada sujeto creador utiliza generalmente una forma típica de crear Derecho. Sin embargo, parece necesario mantener siempre una neta distinción (no separación o divorcio), por lo menos en el ámbito del análisis teorético, entre el *sujeto* que crea las normas jurídicas y la *forma* que tales normas adoptan. De esta forma, se evitarán las confusiones en que caen con frecuencia muchos tratamientos doctrinales, por no distinguir adecuadamente las diferentes orientaciones, enfoques, planos y sentidos que convergen a menudo en los planteamientos.

concreto, constatable y suficiente [7]. Y puede pensarse asimismo que el alcance de la pregunta no debe quedar limitado por los contornos del ordenamiento jurídico ya constituido, puesto que una limitación de este tipo, al eliminar de su radio de acción a aquellos agentes productores de Derecho que más preocupan a un análisis integral de la normatividad jurídica en su dimensión de realidad social y política, cercenaría gravemente la búsqueda de los sujetos creadores de Derecho [8].

En realidad, el factor del que va a depender en última instancia el alcance y la fuerza normativa de las reglas de Derecho no es otro que el propio sujeto que las crea, en función de la potencia jurídica que le haya sido atribuida a ese sujeto por el sistema de organización social. Y, por eso, parece lógico reducir el problema de la determinación de las «fuentes materiales» de la normatividad jurídica a la identificación de los «sujetos» sociales que crean dicha normatividad [9].

---

[7] Es cierto que esos sujetos a los que calificaremos como «fuentes materiales» de Derecho detentan siempre algún tipo de poder social, que es precisamente el que posibilita su propia capacidad de crear Derecho. Sin embargo y dado que aquí se emplea el término «fuentes» en su sentido «causal», es decir, como **agente creador,** parece coherente señalar como fuente del derecho al sujeto social que tiene el poder y no al poder mismo. Ha de entenderse, pues, que la pregunta por las «fuentes materiales del Derecho» sólo puede ser respondida adecuadamente si se pone en referencia con los sujetos de la vida social que intervienen activamente en el proceso de creación de los distintos sectores o cuerpos de normas jurídicas que constituyen un ordenamiento jurídico. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la opción de calificar de «materiales» a estas fuentes es sin duda discutible.

[8] Esta observación tiene una importancia evidente, ya que, en la actualidad, la teoría jurídica se desarrolla todavía bajo la influencia predominante de la doctrina de la Escuela de Viena, sistematizada magistralmente por H. KELSEN y según la cual el problema *jurídico* de las fuentes del Derecho queda reducido al ámbito del Derecho positivo, de tal modo que la fuente de una norma jurídica cualquiera no puede ser más que otra norma jurídica superior, puesto que ésta es la que determina la producción de aquélla. Dentro de este punto de vista y tal como ha sostenido KELSEN, «en un sentido jurídico-positivo, fuente del derecho sólo puede ser el derecho». Pero la pregunta ¿quién ha creado este Derecho o cuál es la fuente material de este Derecho? suele tener una intencionalidad y alcance que no pueden quedar cubiertos por una contestación como ésta: «aquellas normas jurídicas que predeterminan cómo ha de ser creado». En efecto, esta respuesta indica el *cómo*, pero no aclara el aspecto más importante: el de *quién* es el sujeto social que crea e impone las normas en cada caso.

[9] Es claro, sin embargo, que la pregunta por los sujetos capacitados socialmente para crear Derecho y por la relación jerárquica en que se encuentran vinculados originará de forma inevitable una respuesta polémica y de valor relativo, tanto dentro de una perspectiva valorativa como dentro de la perspectiva historiográfica.

Dentro de la perspectiva valorativa o ideológica, cualquier reconocimiento de potestad creadora de normas jurídicas a los sujetos sociales lleva consigo una importante carga política, puesto que, desde el punto de vista político, nunca es indiferente que el ejercicio de los diversos poderes sociales (en este caso, el poder jurídico) se atribuya a unos sujetos o a otros. Este hecho implica que, incluso la simple enumeración de las fuentes materiales del Derecho se vea sometida con frecuencia a la presión deformante de los intereses políticos en juego. Pero esa presión alcanza cotas insospechadas cuando se trata, no ya de señalar cuáles son las fuentes, sino de establecer la relación de preferencia o jerarquía entre ellas.

Por otra parte, dentro de la perspectiva historiográfica, ocurre que la identidad de los sujetos

En este sentido, puede afirmarse, en primer lugar, que el *número* de los sujetos sociales que a través de las diversas épocas y en las distintas sociedades han actuado o actúan como instancias productoras de normas jurídicas es prácticamente ilimitado. Probablemente no existe ningún «sujeto» de vida social que no haya sido en algún momento y de alguna forma creador (es decir, fuente) de Derecho: los dioses, los reyes, la sociedad global, la familia, las iglesias, los grupos o clases sociales, las ciudades, los juristas, los jueces, los parlamentos, los gremios, los comerciantes, los sindicatos de trabajadores, las organizaciones de empresarios, los Estados, las comunidades regionales, la comunidad internacional... [10].

A su vez, en relación con el problema de la *jerarquía* de las fuentes materiales de Derecho, debe tenerse siempre en cuenta que las discusiones teóricas acerca de la preferencia de una fuente jurídica sobre otra no son más que el reflejo de las pugnas políticas por la supremacía en el control jurídico de la vida social. En todos los casos se lucha por la conquista del predominio normativo, es decir, por la primacía y el control sobre las demás fuentes, de tal modo que las reglas jurídicas propias se impongan (incluso derogándolas) a las normas establecidas por los otros sujetos con potestad para crear Derecho [11]. En esta materia ha de dejarse, por tanto, un gran margen de juego a los juicios políticos de valor. Y ha de reconocerse también la importantísima incidencia de los cambios histórico-culturales, ya que la primacía de unas fuentes materiales sobre otras varía profundamente, no sólo de unas épocas a otras, sino también de unas a otras sociedades. Así, puede comprobarse cómo la primacía ha ido pasando sucesivamente, a lo largo de la historia, de la comunidad social global a los órganos jurisdiccionales, de éstos al

---

sociales que actúan como fuentes originales de Derecho y la propia relación jerárquica que media entre ellos varían substancialmente de unas épocas a otras y de unas a otras sociedades.

Por todo ello, no parece posible dar a las habituales preguntas por la *enumeración* y por la *jerarquía* de las fuentes materiales de Derecho una respuesta de validez general y permanente. Lo único que puede hacerse (y parece conveniente intentarlo) es llegar a conclusiones que, sin perder nunca de vista los factores relativizantes de su valor, nos ayuden a lograr una visión correcta y un conocimiento concreto de esos dos aspectos del problema.

[10] Incluso si redujéramos el campo de observación a nuestra propia época y a nuestro propio ámbito político, tendríamos que concluir en una visión pluralista, puesto que, no sólo crea Derecho el Estado (como se afirma generalmente de forma simplista), sino también todos los otros sujetos de la vida social. Ver, en relación con este punto, las conclusiones a que se llegó en el análisis de la cuestión de «la creación del Derecho por el Estado» **(Lección IV).**

[11] Y así, los nobles y las ciudades defienden sus fueros y usos contra la intromisión de los monarcas absolutos; éstos se ven desbordados por la furia constitucional y legisladora de la prepotente burguesía; y el Estado constitucional es acosado una y otra vez por los partidarios de la primacía del espíritu del pueblo, de las agrupaciones sociales naturales o de los órganos judiciales... En consecuencia, quien sea partidario de la omnipresencia y omnipotencia jurídica del Estado, no sólo afirmará su supremacía de fuente jurídica, sino que llegará incluso a negar la existencia de fuentes extra-estatales. Quien, por el contrario, sea enemigo del control exclusivista del Derecho por parte del Estado, reconocerá la existencia de fuentes jurídicas plurales y afirmará incluso su relativa autonomía y prioridad respecto de aquél.

príncipe, de éste a las cámaras legislativas y, finalmente, de nuevo a los detentadores del poder de gobierno o, en el mejor de los supuestos, a la conjunción de los órganos legislativo y ejecutivo. Lo único permanente es, en todo caso, la tendencia a atribuir la primacía al sujeto que sea reconocido en cada momento por la organización social como portador de la máxima competencia juridificadora. ¿Cuál es ese sujeto? Depende de múltiples y muy complejos factores.

Hoy se piensa de forma general que el Estado es la más alta y amplia fuente material de Derecho; pero, aunque es la fuente predominante, no es la fuente única. Junto a él y en alguna medida dentro de él, existen diversos sujetos sociales que, no siendo órganos estatales en sentido estricto, desarrollan una constante actividad creadora de normas jurídicas. Ahora bien, la validez formal de tales normas sólo se logra plenamente a través de su integración en el ordenamiento jurídico estatal. Y, en este sentido, el Estado se constituye siempre, en última instancia, en garante y sustentador de la juridicidad de todas las normas, puesto que él es en la actualidad el único sujeto social que dispone de una organización suficientemente capaz de garantizar la eficacia total de la normatividad jurídica [12].

2. Las «fuentes formales» de Derecho

Con el nombre de *fuentes formales* se alude a los distintos modelos o tipos normativos en que vienen expresadas las reglas que integran el Derecho.

---

[12] Si del plano general pasamos a la consideración del sistema jurídico español actual, habremos de reafirmar esta misma conclusión. El Estado, mediante las leyes, y la Sociedad, con sus organizaciones económicas y profesionales, mediante las costumbres y usos, son las dos principales fuentes materiales de Derecho formalmente reconocidas, tal como proclama el artículo 1.1 del **Código Civil.** El Estado ejerce su potestad legislativa por medio de las Cortes Generales (Congreso + Senado) en todo caso, si bien la iniciativa puede ser asumida por el Gobierno («Proyecto de Ley»), por el Congreso, por el Senado o por el pueblo directamente («Proposición de Ley» en los tres últimos supuestos), según se establece en las disposiciones 66.2, 87.1 y 87.3. de la **Constitución.**

Pero, además de esos dos sujetos principales, el ordenamiento jurídico español reconoce a otros varios sujetos sociales como agentes creadores (directos o indirectos) de normas jurídicas. Así ocurre, no sólo con las organizaciones supraestatales regionales (por ejemplo, la Unión Europea) y con la organización o comunidad internacional, por efecto del artículo 10.2 de la **Constitución,** sino también con todos aquellos Estados que celebren tratados con España, según lo dispuesto en el artículo 96.1 de la propia **Constitución.** Igualmente, son sujetos creadores de Derecho los jueces, a través de sus providencias, autos y sentencias y, en especial, el Tribunal Supremo, al originar la «doctrina legal» que, por efecto del artículo 1691 de la **Ley de Enjuiciamiento Civil,** se constituye en fundamento del recurso de casación. Hay que afirmar asimismo que son sujetos creadores de Derecho las Sociedades, Asociaciones y Organizaciones sindicales o profesionales, por cuanto establecen sus propios Estatutos. Y son, en fin, sujetos creadores de normas jurídicas los sujetos sociales privados (individuos o grupos) que celebran contratos entre sí dentro de la libertad que les reconoce el artículo 1.255 del **Código Civil.**

Ahora bien, lo que sí queda claro también en todos los supuestos es que las reglas creadas por

Así pues, en un sentido preciso, las «fuentes formales» del Derecho no son más que las formas de expresión o concreción de la normatividad jurídica [13]. Sin embargo, es habitual que los juristas y los propios textos o códigos jurídicos se refieran a las diversas fuentes formales, no en su sentido preciso, sino con un alcance impreciso y traslaticio en el que queda involucrada la alusión a los sujetos que de manera preferente emplean ese tipo normativo como vehículo de las reglas de Derecho que crean [14].

Por otra parte, tampoco es fácil determinar cuáles son las formas de manifestación de la normatividad jurídica que han de ser consideradas en cada momento como «fuentes formales» de Derecho más representativas, ya que el dinamismo característico de la organización social implica una gran movilidad histórica en los sujetos capaces de crear Derecho y en las formas que

---

todos esos sujetos son verdaderas normas jurídicas sólo en la medida en que son reconocidas, asumidas y respaldadas por la organización estatal.

[13] La razón justificativa de que se aplique de manera general el calificativo de «fuentes» a una realidad que con un lenguaje preciso habría de designarse como «modos de expresión del Derecho» o formas de presentación de la normatividad jurídica se encuentra en la tradicional práctica de la doctrina. Ésta, no sólo ha venido incluyendo el tema de las formas de manifestación del Derecho como capítulo central del problema de las «fuentes», sino que ha concentrado a menudo la compleja y vital problemática que corresponde propiamente a lo que aquí se ha llamado «fuentes materiales» en el examen de los principales modos de expresión o concreción de la normatividad jurídica, cuales son la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, la doctrina jurídica o los negocios jurídicos.

[14] Ahora bien, en principio, la forma existencial en que se presenta una regla jurídica (ley, costumbre, contrato, etc.) no es determinante para saber cuál ha sido el sujeto social que la ha creado, puesto que un mismo sujeto creador puede utilizar todas o casi todas las formas expresivas de Derecho y, por consiguiente, un mismo tipo de norma puede ser empleado por distintos sujetos sociales. Así, el Estado (príncipe, parlamento, gobierno...), no sólo dicta leyes generales, sino que formula principios, establece o reconoce costumbres, adopta decisiones, otorga contratos... Por su parte, la Sociedad, a través de sus diversos grupos o corporaciones sindicales, profesionales o económicas, no sólo genera costumbres y usos, sino que crea también normas jurídicas legales y celebra contratos... Y los jueces dictan sentencias, pero crean también Derecho general («common law») y establecen costumbres jurídicas (la jurisprudencia o «doctrina legal»).

Esto no obstante, ha de reconocerse que, si bien cualquier sujeto social puede crear Derecho mediante cualquiera de las formas o fuentes formales, lo cierto es que existe una peculiar vinculación entre determinados sujetos creadores y determinadas formas o tipos. Así, la *ley* aparece tradicionalmente como la forma característica del Estado, la *costumbre* como propia de la Sociedad y sus grupos, la decisión judicial o *sentencia* como peculiar de los jueces... Y, por otra parte, la operatividad de las «fuentes formales» no se agota en ser simples vehículos expresivos de la normación jurídica, sino que tales fuentes imprimen un peculiar carácter y un sentido específico al ordenamiento jurídico en que se integran, de tal modo que el predominio de las reglas legales, de las reglas consuetudinarias o de las reglas judiciales imponen al Derecho una dirección funcional profundamente distinta, incluso con independencia de que todas esas reglas provengan de la actividad de los diferentes órganos de un mismo sujeto creador (normalmente, el Estado).

Así pues, a pesar de su innegable significado accesorio para la problemática central del tema de las «fuentes de Derecho» y sin perjuico de la inevitable relatividad que las perspectivas ideológica e historiográfica proyectan sobre las conclusiones a que pueda llegarse en cada caso, hay que reconocer la importancia que puede tener la determinación de las formas o tipos reconocidos como «fuentes formales» de Derecho, la referencia a su sentido, su contenido esencial y su alcance y la fijación del orden de prioridad o jerarquía existente entre ellas.

tales sujetos prefieren emplear para expresar la normatividad jurídica que crean. Lo único que puede afirmarse es que las «costumbres», las «leyes», los «estatutos», los «pactos», los «precedentes judiciales», la «doctrina jurídica», los «principios de Derecho», las «sentencias», las «resoluciones»... han sido hasta ahora las formas expresivas utilizadas con más frecuencia y asiduidad por los diversos sujetos sociales con capacidad jurídica creadora. Y puede afirmarse también que, en la actualidad, son las costumbres, las leyes, los precedentes judiciales y, en cierta medida, la doctrina jurídica las «fuentes formales» que acaparan, como tipos más representativos y polémicos, la atención y el interés de los estudiosos [15]. Pero no puede predecirse hasta dónde llegará o cómo avanzará la evolución hacia el futuro.

A su vez, por lo que se refiere a la fijación del orden de prioridad o *jerarquía* de las diversas «fuentes formales», conviene recordar que la gran importancia que le ha sido atribuida tradicionalmente a este problema no radica en su propia significación, sino en la polémica real que encubre: la lucha por el predominio de los sujetos cuya fuerza o poder jurídico se manifiesta a través de las diferentes formas cuya primacía se discute. En este sentido, la discusión teórica acerca de la preferencia de una fuente formal o de otra no ha sido más que un reflejo o enmascaramiento de las discusiones a propósito de cuál es o debe ser el sujeto social que ostenta el poder jurídico-político máximo [16]. Si no fuese, pues, por esa carga política que lleva consigo, el tema de

[15] Dentro del ordenamiento jurídico español, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que, según la tradición legislativa y la doctrina predominante de los tratadistas especializados y tal como establece en forma expresa y solemne el artículo 1.1 del **Código Civil** vigente, «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Pero debe advertirse de inmediato que dicha enumeración, tradicionalmente considerada como exhaustiva, no recoge de forma completa las diferentes fuentes formales que integran realmente el Derecho español. Junto a las tres señaladas, habría que reseñar los *tratados internacionales* ratificados por España, la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo, la *doctrina legal*, la *equidad* y los contratos y negocios jurídicos (Según las disposiciones 1.5, 1.6 y 3.2 del **Código Civil**, el artículo 1691 de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** y los artículos 10 y 96 de la Constitución). Así pues, el orden de las fuentes formales generales del ordenamiento jurídico español es el siguiente: ley (incluyendo los tratados internacionales), costumbre, principios generales y jurisprudencia, como fuentes directas, junto con la equidad, como fuente indirecta. Pero, teniendo en cuenta que, además de estas fuentes formales generales, existen otras de carácter semigeneral o particular (tales como los contratos y negocios jurídicos o las sentencias y resoluciones), el cuadro completo de fuentes formales, ordenadas jerárquicamente, sería el siguiente: ley; costumbre; principios generales; jurisprudencia; contratos y negocios jurídicos; equidad y sentencias o resoluciones.

La caracterización de las decisiones de los órganos judiciales y administrativos («sentencias» y «resoluciones») como verdaderas normas jurídicas o bien como meros actos de aplicación del Derecho ha sido objeto de una enconada discusión todavía no cerrada, cuyas vicisitudes no pueden reflejarse aquí. Nos limitamos a asumir y reafirmar una de las dos tesis en conflicto: la doctrina de que las «sentencias» judiciales y las «resoluciones» administrativas son auténticas normas jurídicas y no meros actos de aplicación, por cuanto su sentido o razón de ser no consiste en la realización de ningún tipo de conducta, sino antes bien en la indicación o determinación de la conducta concreta que algún sujeto individualizado *deberá* realizar.

[16] Así, la disputa sobre la primacía de la ley o de la costumbre, que se desarrolló a lo largo de la

la *jerarquía* de las «fuentes formales» de Derecho sería intrascendente en la práctica. Por lo demás, parece constituir un dato irrebatible el hecho de que en los distintos momentos históricos y en las diferentes áreas culturales el orden jerárquico de las fuentes formales ha sido diverso, ostentando la primacía, ya la costumbre, ya la doctrina jurídica, ya la ley, ya el precedente judicial... [17].

Por eso, hemos de limitarnos a señalar la dirección que, en este aspecto concreto de la jerarquía normativa, ha seguido el dinamismo evolutivo de la historia, sin conceder demasiada importancia a una discusión doctrinal que, dado su inevitable condicionamiento ideológico, resultaría prácticamente interminable. Dentro de esta perspectiva, es posible concluir que la «costumbre», la «práctica judicial» y la «doctrina legal» fueron, por ese orden y durante largo tiempo, los principales tipos de normas que integraban los ordenamientos jurídicos de las sociedades organizadas. Posteriormente y alentada por el creciente empuje del poder socio-político al que servía (los Estados centralizados, democráticos o no), se fue abriendo camino la «ley» hasta convertirse en la forma jurídica, no sólo predominante, sino casi exclusiva. En la actualidad, la «ley», apoyada en el inmenso predominio del Estado, ocupa la primera posición de la jerarquía normativa en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, de manera especialmente clara en los continentales. Pero ¿qué nos deparará el futuro?

III. La unidad lógica del ordenamiento jurídico

Cuando en el lenguaje habitual se habla de *Derecho*, suele hacerse referencia a un amplio complejo de normas jurídicas que tienen una básica unidad estructural y funcional y que están vigentes dentro de un espacio jurídico-político también unitario. Se habla, pues, por lo general de esa realidad que suele ser designada también con el nombre de **ordenamiento jurídico** y a

---

Edad Media, es una lucha a favor y en contra del poder central del rey, encarnado en la ley, y de los poderes periféricos o locales de los señores feudales y de las ciudades, encarnados en sus costumbres y usos. Y, del mismo modo, ese enfrentamiento entre la ley y la costumbre resume, a partir de la revolución francesa, la dura lucha que ha de mantener el triunfante poder de la burguesía liberal (ley) frente a las fuerzas conservadoras y contrarrevolucionarias (costumbre).

[17] Del mismo modo, hemos de constatar cómo la actitud jurídico-política de los autores (su ideología) les ha llevado a defender la excelencia de la ley en unos casos y, en otros, la primacía de la costumbre, la prioridad de la práctica judicial o la preferencia de la doctrina jurídica... Así, mientras que el *racionalismo legalista* del siglo XVIII y el *positivismo jurídico estatista* de los siglos XIX y XX exaltan la ley como la manifestación directa de la razón jurídica y la expresión justa de la voluntad del pueblo soberano constituido en Estado, la *escuela histórica del Derecho* y los diversos tradicionalismos colocan en lugar preferente a la costumbre y a la doctrina de los jurisconsultos y la *escuela del Derecho libre*, junto con el *realismo jurídico norteamericano*, proclama la primacía de la jurisprudencia, en cuanto que ésta es la realización del Derecho vivo y la encarnación más fiel de la justicia.

la que se atribuye una fuerte cohesión o unidad interna. Sin embargo, en todo Derecho están siempre presentes algunos elementos que parecen contraindicar la afirmación de esta cohesión o unidad. Es, pues, preciso analizar estos aspectos en detalle.

1. El Derecho como pluralidad de normas diversas

Resulta patente que el Derecho positivo no está nunca integrado por una sola y única norma ni tampoco por un solo tipo o clase de normas. Cualquiera que decida realizar de forma directa un análisis de cualquier Derecho actual o pretérito se encontrará de inmediato con una desorientadora multiplicidad de normas jurídicas de los más variados signos y características. Tales normas difieren entre sí, no sólo por la diferente época histórica en que fueron creadas, sino también por su ámbito de aplicación, por su jerarquía, por la materia que regulan... o por otras diversas causas [18].

La expresión *Derecho* representa, pues, una realidad que consiste en una gran multiplicidad de normas jurídicas que, por otra parte, difieren entre sí desde muy diversos puntos de vista. Pero, al mismo tiempo, existen indicios suficientes para afirmar que todas esas múltiples normas no forman un simple agregado o conglomerado casual, sino que se integran en una totalidad que actúa unitariamente sobre las multiformes relaciones sociales [19].

Y, por otra parte, esa vinculación y unidad de las normas jurídicas no es

---

[18] En efecto, si nos fijamos en el *momento cronológico* de su aparición, podremos encontrar (por ejemplo en el propio Derecho español) normas jurídicas de fines del siglo pasado junto a normas de mediados del siglo xx o establecidas en las más reciente actualidad. Si atendemos al rango o *jerarquía,* podremos descubrir normas jurídicas de nivel constitucional, normas legales especiales, normas legales ordinarias, normas de carácter reglamentario, normas jurídicas negociales e incluso normas jurisdiccionales. Asimismo, si nos fijamos en el *contenido* de las mismas, es decir, en el propio objetivo o función regulativa que realizan, encontraremos normas jurídicas organizativas o atributivas, normas declarativas o interpretativas, normas prescriptivas o imperativas, normas facultativas o permisivas, normas preceptivas, normas prohibitivas, normas punitivas o penales, etc.. Si atendemos a la *materia* o sector de las relaciones que regulan, podremos distinguir normas mercantiles, laborales, procesales, administrativas, fiscales, civiles, etc. Y, si centramos la atención en el *ámbito espacial* o territorial de su aplicación, veremos normas estatales o comunes, normas regionales o forales, normas provinciales, normas municipales... Igualmente, si tomamos en consideración el *origen* de cada una de las normas jurídicas, nos daremos cuenta de que, junto a las mayoritarias normas legales, existen también las normas consuetudinarias, las normas convencionales o las normas jurisdiccionales... Si nos fijamos en el *carácter del destinatario,* podremos distinguir normas generales y normas particulares... Y, si atendemos al *carácter de la actividad* regulada, nos encontraremos con normas jurídicas abstractas o con normas jurídicas concretas. (Para una más amplia información, ver la **Lección XII**).

[19] Esta unidad es tan necesaria que las propias normas jurídicas aisladas se harían incomprensibles y resultarían inoperantes si no se las entendiera en una mutua correlación regulativa. ¿De qué serviría esa multitud de preceptos jurídicos de diverso origen, de distinto rango y hasta de contenido dispar, si no actúan articulados como una totalidad sistemática?

una mera construcción ficticia impuesta por la necesidad de coherencia de la ciencia jurídica, como se afirma con mucha frecuencia. La propia funcionalidad social de las reglas de Derecho, su peculiar misión de normar conductas, exige una mutua complementación y dependencia. Esto parece claro [20]. Incluso la más inmediata experiencia nos lleva a constatar que las normas no aparecen aisladas y dispersas, como elementos desvinculados y erráticos, sino que están integradas dentro de conjuntos o sistemas regulativos unitarios, tales como los «Códigos», las «Leyes», los «Reglamentos», los «Estatutos», las «Ordenanzas», etc. Es decir, los preceptos o reglas de Derecho operan siempre como partes integrantes de unidades o cuerpos normativos [21].

Llegamos, por tanto, a la conclusión de que el Derecho se compone de una gran multiplicidad de normas diversas, pero que tales normas constituyen una unidad normativa global. Y, consecuentemente, surge la necesidad de descubrir cuáles son los factores determinantes de la unidad de tantas y tan dispares normas jurídicas.

2. La idea de ordenamiento jurídico

La multiplicidad de normas sobre que se asienta siempre el Derecho positivo no constituye sectores o fragmentos dispersos, aislados e independientes, sino que funciona como un todo unitario y dinámico, como una «totalidad orgánica o sistemática» que la ciencia jurídica viene designando, desde S. ROMANO, con el nombre de *ordenamiento jurídico*. Este nombre quiere poner de relieve que los diferentes preceptos jurídicos no se hallan simplemente yuxtapuestos de forma indiferenciada, sino que presentan una articulación compleja y profunda [22].

Ahora bien, si las normas jurídicas que componen un Derecho dado son dispares entre sí, no sólo por razón de la época en que fueron elaboradas, sino también por razón de la jerarquía, la extensión, la materia, etc., es obvio que la relación de unidad que existe entre ellas ha de ser provocada por al-

---

[20] Para convencerse, basta con examinar atentamente el funcionamiento de cualquier norma jurídica. Tomemos, como ejemplo, el artículo 1457 de nuestro **Código Civil,** cuyo alcance normativo está vinculado al artículo 32 (restricciones a la personalidad jurídica), al artículo 38 (personas jurídicas), al artículo 317 (efectos de la emancipación) y al artículo 320 (mayoría de edad).

[21] Estas unidades jurídicas de operación se caracterizan porque, además de responder a un objetivo central y totalizante de ordenación, se estructuran internamente siguiendo una esquematización sistematizadora y coherente, al hacer una distribución escalonada de su contenido en «partes», «títulos», «secciones», «capítulos», «apartados», «artículos», «párrafos», etc.

[22] Sin duda, la idea de ordenamiento jurídico tiene su génesis en la *ideología* codificadora, con su pretensión de sistematizacion-racionalización-simplificación, con su afán de lograr la abarcabilidad y dominio del mundo jurídico. Pero, en la realidad de la experiencia histórica, los Derechos ni son plenamente racionales, ni son totalmente coherentes y coordinados.

guna especie de instancia o factor que contrarreste la natural dispersión de dichas normas. ¿Cuál es ese factor capaz de reducir a unidad las múltiples normas componentes de un Derecho?

En realidad, parece que no puede hablarse de un solo factor, sino de varios. Concretamente, pueden señalarse, siguiendo el planteamiento habitual de los autores, estos cuatro *agentes de unificación*: la coincidencia espacio-temporal de las normas, la vinculación a un ideario político-social, la referencia a una única autoridad central y el vínculo de recíproca derivación o conexión funcional.

En efecto, la integración de una determinada pluralidad de normas jurídicas en orden a formar una unidad operativa de reglamentación, se produce ya por el hecho de que todas ellas regulan la conducta de un gran grupo social asentado en un territorio claramente delimitado por unas fronteras políticas que le constituyen en una comunidad independiente de vida social a la que llamamos Estado. Y, además, porque esas normas actúan como directrices de conducta en el momento concreto actual [23].

Asimismo, todas las múltiples normas jurídicas, en apariencia dispersas, se ven sometidas a la presión unificadora de una misma *idea-tipo*, es decir, a la fuerza cohesionante del conjunto de principios estructuradores de la organización social para los que las normas jurídicas actúan como instrumento operativo. Esta coherencia cultural o ético-política interna, esa especie de espíritu o alma del Derecho de cada pueblo en cada momento, es precisamente la que hace posible que se modifique la mayor parte de las normas jurídicas concretas sin que cambie el ordenamiento o que se transforme éste sin que se hayan cambiado en absoluto (o se hayan cambiado muy poco) los diversos sectores normativos integrantes del mismo. Basta, para ello, la alteración de los principios en los que se fundamentan y a los que sirven las normas jurídicas. Se ve, pues, la acción unificante de un nuevo factor: la *vinculación a un ideario político.*

Del mismo modo, la existencia de un poder o autoridad central capaz de garantizar la eficacia de todas las diversas normas jurídicas, la referencia común y convergente a esa autoridad, designada como *voluntad del Estado*, les imprime una unidad operativa, en cuanto que todas ellas dependen de esa autoridad y contribuyen a realizar sus designios. En este sentido, la autoridad o voluntad del Estado puede considerarse como la fuente unitaria de la vigencia de todos y cada uno de los preceptos jurídicos [24].

---

[23] Este factor de coincidencia espacio-temporal parece obvio. En efecto, el Derecho histórico de un pueblo, en cuanto tal Derecho pretérito, no forma parte del ordenamiento jurídico vigente.

[24] Pero es obvio (como ha sido señalado ya al hablar de las «fuentes materiales» del Derecho) que esta afirmación no supone que todas las normas jurídicas vigentes en un Estado en un momento dado han sido creadas por la voluntad de ese Estado, puesto que es para todos evidente que esas

Finalmente, se señala entre los varios elementos o factores que contribuyen a que la gran multiplicidad de normas jurídicas integrantes de un Derecho constituya un conjunto unitario y ordenado, la relación de derivación y dependencia jerárquica que une a unos preceptos jurídicos con otros [25]. Así pues, todos los diversos tipos de normas jurídicas, las «leyes», las «costumbres», los «reglamentos», los «estatutos», las «ordenanzas», los «contratos», los «testamentos», las «sentencias» de los tribunales, las «resoluciones» de las autoridades administrativas, normas tan dispares entre sí por el origen, el rango y el alcance, constituyen una totalidad normativa unitaria, un sistema normativo relativamente independiente, en cuanto que todas ellas encuentran el fundamento de su validez en un solo y mismo centro de referencia a través de una articulación orgánica de producción. La creación o determinación de unas normas jurídicas está regulada en otras normas jurídicas superiores [26]. Así, la totalidad del orden jurídico constituye un sistema construido en forma gradual o escalonada, dado que cada grado o eslabón depende de otros y, a su vez, sostiene a otros. Y esta estructura jerárquica recorre el ordenamiento jurídico desde la *nor-*

---

normas tienen un origen histórico diverso, por lo menos en la gran mayoría de los casos. Lo único que se afirma es que tales normas, sea cual fuere su origen efectivo, valen como reglas de Derecho vigente porque el Estado así las acepta y las aplica.

[25] Ha sido precisamente la *Escuela de Viena*, encabezada por H. KELSEN, la que ha convertido a la teoría de la construcción gradual del Derecho en explicación central de la unidad del complejo de normas jurídicas por las que se rige una sociedad dada. Es la relación gradual y jerárquica de las normas la que introduce una criterio suficiente de ordenación entre ellas. El sentido nuclear de esta teoría es el siguiente: no todas las normas jurídicas se sitúan en el mismo plano o nivel; hay normas superiores y normas inferiores; éstas dependen y derivan de aquéllas. Arrancando de las normas jurídicas inferiores y ascendiendo gradualmente hacia las normas superiores, termina llegándose a una norma suprema que ya no depende ni deriva de ninguna otra regla superior a ella. Esta norma suprema se designa con el nombre de *norma fundamental* y es el fundamento u origen de la unidad de todas las normas que se integran en un Derecho dado.

[26] Así, por ejemplo, el establecimiento de las «leyes ordinarias» está regulado en la Constitución; las leyes ordinarias determinan, en su caso, quién y de qué manera emite «reglamentos»; a su vez, las normas legales y reglamentarias (tanto sustantivas como procesales) predeterminan, por ejemplo, las condiciones y las competencias de las autoridades municipales para dictar «ordenanzas», así como los requisitos y la capacidad de los particulares para realizar actos jurídicos válidos; las «sentencias» judiciales y las «resoluciones» administrativas dependen de las normas jurídicas anteriores... Y esta relación de fundamentación de la validez de unas normas en la validez de otras actúa como principio de conexión interna de las normas integrantes de un ordenamiento jurídico. De este modo, como ha escrito C. PERELMAN, el agente judicial puede llevar a cabo un embargo, de conformidad con una sentencia ejecutoria. El juez puede dictar su sentencia en la medida en que haya sido nombrado regularmente, se le haya sometido un litigio que forme parte de la escala de su competencia (tanto material como territorial) y se ajuste a las prescripciones legales, tanto en cuanto al fondo del asunto como en materia de procedimiento. El legislador puede discutir, votar o promulgar leyes, de acuerdo con las reglas constitucionales y las prácticas admitidas. Lo mismo ocurrirá con el poder ejecutivo, en la medida en que se ajuste a la Constitución y a las disposiciones legales. Unicamente la norma constitucional, en cuanto norma fundamental, no tendrá que conformarse con ninguna norma previa.

ma fundamental hasta los mandatos ejecutivos, dando orden y unidad a una multiplicidad de normas que, desde diferentes puntos de vista, son dispares [27].

[27] Hay, por ejemplo, dos personas que celebran un contrato de compraventa, ignorantes de la legislación civil o mercantil y, por tanto, sin tener conciencia de que están obrando en base a una competencia que les otorgan las leyes civiles o mercantiles. Pero las cláusulas de ese contrato de compraventa son válidas como Derecho vigente precisamente en virtud de la delegación que el Código Civil o el Código de Comercio establecen a favor de los particulares para que éstos, dentro de los límites otorgados, regulen contractualmente algunas de sus relaciones. Del mismo modo, si una Asociación puramente privada aprueba sus propios Estatutos, sin intervención de ningún delegado de la autoridad oficial, esos Estatutos, dentro de su propio rango, entran a formar parte del Derecho vigente en una sociedad, pero tan sólo en el supuesto de que en ese Derecho exista alguna norma jurídica superior que reconozca dicha posibilidad normadora.

LECCION IX

PLENITUD Y COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO

I. El problema de las lagunas

1. El principio de la plenitud y su problemática

Afirmar la plenitud del Derecho equivale a sostener que cualquier ordenamiento jurídico estatal dispone siempre de alguna norma que regula adecuadamente cualquier supuesto fáctico-social que pueda presentarse; nunca se dará el caso de que el Derecho carezca de respuesta adecuada para una demanda de la vida social. Puede decirse, pues, que un ordenamiento jurídico estatal es pleno (o completo) cuando los jueces pueden encontrar siempre en él una norma en la que se contenga la regulación del conflicto que se somete a su decisión [1]. Pero, ¿son verdaderamente completos los ordenamientos jurídicos actuales?

Este principio de la plenitud (que tiene probablemente su origen en la doctrina medieval elaborada por los glosadores y comentaristas en torno al «Corpus Iuris») se incorporó a la concepción jurídica estatista de la época moderna y fue consagrado finalmente en la etapa de las grandes codificaciones como consecuencia de la fe en la racionalidad y perfección de los Códigos y como camino para garantizar el postulado fundamental de la seguridad jurídica. Sin embargo, la ideología de la plenitud se fue debilitando también progresivamente por los embates de la propia experiencia jurídica; el dina-

[1] El principio de la plenitud ha sido incorporado a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estatales de forma indirecta a través de un precepto en el que se impone a los jueces el deber inexcusable de pronunciarse jurídicamente sobre cualquier asunto litigioso que se les presente. Así lo hace la disposición 1.7 del actual **Código Civil** español, al establecer que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

mismo de la vida social desbordó muy pronto los límites de la tupida malla de los Códigos y empujó a los juristas a poner en duda la solidez de sus convicciones. Surgieron rápidamente corrientes de pensamiento que pusieron de relieve la movilidad del Derecho, insistiendo en su carácter abierto (y por tanto, incompleto) y propugnando la libre iniciativa de los tribunales en su actividad jurisdiccional. Se argumentaba que, puesto que los jueces no siempre podían encontrar la solución jurídica adecuada dentro del Derecho legislado estatal, tendrían que recurrir con frecuencia a otros factores de decisión jurídica, como la doctrina jurídica, el derecho espontáneo de los grupos sociales, las necesidades de la vida social o la dinámica de las relaciones sociales y los intereses que en las mismas subyacen [2]. De este modo, el dogma clásico de la plenitud comenzó a tambalearse; sin embargo, no llegó a desaparecer. La defensa del principio de certeza y seguridad jurídica (considerado como irrenunciable) y la lucha contra la posible irrupción de la arbitrariedad judicial contribuyeron, no sólo a que se mantuviese ese dogma, sino también a que se abordase su reelaboración crítica a través de dos teorías diferentes: la del espacio jurídico vacío y la de la norma general exclusiva [3].

A) *La teoría del espacio jurídico vacío*

Esta teoría, formulada inicialmente por K. Bergbohm y defendida también más tarde por S. Romano, parte del principio de que el campo de la actividad humana puede considerarse dividido, desde el punto de vista del Derecho, en dos sectores: aquel en que la actividad está vinculada por normas jurídicas y aquel en que dicha actividad es libre. El primero puede calificarse como *espacio jurídico lleno* y el segundo como *espacio jurídico vacío.* Y no hay ningún otro sector; o se da la vinculación jurídica, o se da la plena libertad. No hay una tercera posibilidad. En consecuencia, cuando una actividad no está regulada por ninguna norma es porque no pertenece al sector de la normación jurídica, sino al de la actividad libre, es decir, al espacio jurídicamente vacío. Pero la regulación jurídica no tiene descubiertos o lagunas. Lo que no cae dentro de los límites de la ordenación no puede ser considerado como un vacío del ordenamiento, sino como una realidad que está fuera de

[2] Se ve, pues, cómo el debate doctrinal sobre la *plenitud* del Derecho refleja una pugna política de fondo por el control último del poder jurídico, tal como ha ocurrido también en el campo de las discusiones sobre las «fuentes formales» del Derecho.

[3] Como podrá apreciarse a continuación, ambas teorías parecen dar por sentada la existencia de situaciones o relaciones sociales para las que no hay en los ordenamientos jurídicos ninguna norma reguladora específica, pero llegan a la conclusión de que esos casos no contradicen el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, puesto que forman parte del supuesto real en el que opera ese principio.

su radio de acción. En esa medida, puede afirmarse que la acción del Derecho está sometida a límites, pero no que el Derecho tenga vacíos o deficiencias.

El Derecho es, por tanto, pleno, si bien su plenitud o suficiencia no ha de ser entendida en el sentido de abarcar todos y cada uno de los casos que puedan presentarse en la práctica, puesto que lo que no está jurídicamente regulado no pertenece al Derecho. En este sentido, la plenitud del ordenamiento jurídico puede entenderse, tal como indicara K. BERGBOHM, como la plenitud de un río: todo lo que está comprendido en su cauce o en sus márgenes es del río, lo que queda fuera ya no pertenece al río.

B) *La teoría de la norma general exclusiva*

Según esta teoría, desarrollada por E. ZITELMANN y D. DONATI, no existe ningún espacio de la actividad humana que quede al margen de la regulación jurídica y que, en consecuencia, haya de ser calificado como «jurídicamente vacío». Toda la actividad social de los hombres está regulada por alguna norma jurídica, ya que aquellos comportamientos que no quedan comprendidos en la regulación de las normas jurídicas particulares caen bajo la regulación de una norma general exclusiva, cuya misión consiste precisamente en excluir de la regulación de las normas particulares a todas las conductas que no puedan ser identificadas en el supuesto previsto por esas normas. Consecuentemente, la regulación jurídica llega a todas las conductas y no es posible que se dé ni un solo caso para el que no exista algún tipo de regulación en el ordenamiento jurídico positivo. Lo único que ocurre es que, más allá del espacio regulado por las normas jurídicas particulares, hay un ámbito de actuación regulado por la norma general exclusiva; y esta norma limita el alcance de dichas reglas particulares, al excluir de su ámbito todos los comportamientos que ellas por sí mismas no incluyen. Así, en virtud de esta norma general exclusiva, cualquier posible comportamiento queda incluido en la regulación jurídica positiva [4].

---

[4] Coincide sustancialmente con este planteamiento la doctrina de H. KELSEN de que existe una regla jurídica negativa que establece «que nadie puede ser obligado a observar una conducta no prescrita legalmente». También esta explicación salvaguarda la plenitud del orden jurídico, puesto que, en caso de ausencia de prescripción jurídica particular, habría que aplicar esa regla negativa que declara como jurídicamente lícito o permitido, es decir, como de libre disposición, lo no prescrito.

Sin embargo ambos planteamientos prescinden de un dato decisivo: el de que habitualmente los ordenamientos jurídicos incorporan una *norma general inclusiva* (o reconducente) en la que se establece que, en caso de que no exista en el propio ordenamiento una norma específica aplicable

C) *La doctrina de la plenitud potencial o funcional*

Las dos teorías últimamente analizadas pretenden explicar un dogma que parece seguir dominando el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea: la plenitud del Derecho. Pero no logran resolver todas las dudas que este presunto rasgo del Derecho suscita, por lo que se hace necesario profundizar algo más en el análisis del problema.

En realidad, parece que la conclusión a que se llegue ha de depender en gran medida del sentido en que se entienda esa plenitud. Si se atribuye a la plenitud o completud del Derecho el sentido de que éste cuenta siempre con la posibilidad de resolver *de alguna forma* cualquier supuesto fáctico que se plantee, hay que concluir que el Derecho es una regulación completa, sin vacíos. Si, en cambio, se entiende la plenitud en el sentido de que en el Derecho existe siempre alguna norma positiva específica que permite resolver adecuadamente el caso planteado, ha de reconocerse que ningún ordenamiento jurídico es completo y que, incluso, ni siquiera es posible que lo sea de forma permanente.

En efecto, la presencia de situaciones o relaciones sociales para las que no existe en el ordenamiento jurídico una norma específica aplicable es habitual y ha de reconocerse que la previsión normativa no puede agotar nunca la casuística que la vida genera en un proceso siempre abierto e imprevisible. Afirmar lo contrario sería como cerrar los ojos ante la realidad del Derecho en nombre de las exigencias de una cierta ideología. Por otro lado, las propias previsiones establecidas por los ordenamientos para la resolución de los conflictos por parte de los jueces constituyen un expreso (aunque implícito) reconocimiento de la insuficiencia de las normas jurídicas específicas, es decir, del carácter incompleto de su propia regulación.

Pero también es cierto que los ordenamientos jurídicos contienen siempre en su propio seno elementos de decisión suficientes para resolver, por lo que no hay posibilidad de que aparezca algún supuesto fáctico para el que no exista en el ordenamiento una pertinente regulación jurídica. Y, en este sentido, ha de concluirse que el Derecho realiza siempre por su propia virtualidad el principio de la plenitud o completud, en cuanto que termina re-

---

al supuesto, el juez deberá recurrir a las normas que regulan casos similares o materias análogas. Así lo hace expresamente el **Código Civil** español cuando establece en su artículo 4 que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Y en estos casos parece razonable rechazar la existencia de esa presupuesta norma general exclusiva, ya que la aplicación de ambas normas generaría un conflicto directo. En efecto, si se aplica la norma general exclusiva, el caso no expresamente regulado será resuelto en sentido contrario al que corresponde a los casos regulados (porque queda excluido de la regulación particular establecida) y, en cambio, si se aplican las normas que regulan situaciones similares, el caso no expresamente regulado será resuelto en sentido idéntico al que corresponde a los casos regulados.

solviendo de una forma o de otra las situaciones en que no existe una norma que sea específicamente aplicable al supuesto planteado. Pero su plenitud es simplemente *potencial* o funcional, ya que consiste en disponer de los mecanismos adecuados para dar solución a cualquier posible supuesto.

Sin embargo, esas situaciones de carencia de norma específica se dan y, en consecuencia, hay que reconocer la existencia de lagunas y hay que encontrar el camino más adecuado para resolverlas.

2. Las lagunas jurídicas

El hecho de que la doctrina jurídica haya desarrollado en forma insistente y sistemática la teoría de las lagunas parece ser una prueba definitiva de que el Derecho no es pleno o completo, en el sentido de disponer de una regla positiva específica para todos los casos planteables. Por otra parte, la convicción generalizada de que existen efectivamente lagunas resulta lógica, si se piensa que ni las leyes estatales, ni tampoco todos los demás elementos jurídicos que ellas acogen o incorporan han podido prever ni regular expresamente la totalidad de los casos que se presentan en la práctica. Es, pues, inevitable aceptar la existencia de lagunas en cualquier regulación jurídica. ¿Cuándo se dan?

Por laguna jurídica se entiende la carencia o inexistencia, dentro de un ordenamiento jurídico dado, de una norma general específica en cuya regulación quede incluido un determinado caso planteado o planteable [5]. Se produce, pues, un vacío normativo que los propios juristas prácticos tendrán que rellenar recurriendo a los mecanismos de complementación previstos en el ordenamiento. Ahora bien, esta situación puede darse en tres supuestos diferentes: en relación con un orden jurídico paradigmático o ideal (=laguna ideológica), en relación con el Derecho legislado (=laguna legal) y en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico (laguna jurídica propiamente dicha). Si el problema de las lagunas se plantea dentro de la consideración del ordenamiento jurídico vigente en relación con algún tipo de ordenamiento jurídico ideal, se está ante las lagunas *ideológicas* o impropiamente dichas; y, en ese caso, la única solución posible es la que pasa por la intervención del correspondiente órgano legislador. Si el vacío o carencia se produce dentro de una ley o dentro del conjunto general de las leyes (considerado como parte del ordenamiento jurídico total), se plantea la problemática inherente a la existencia de lagunas *legales*; y, en ese caso, el problema es

[5] Los juristas prácticos dicen que hay una laguna jurídica cuando, puestos ante un determinado supuesto fáctico que exige una resolución jurídica, no es posible encontrar en el ordenamiento ninguna norma que contemple directamente ese supuesto.

parcial y la solución apunta hacia las otras partes o sectores del ordenamiento jurídico. En cambio, si el vacío se produce en referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico estatal, se está ante el supuesto en que el problema de las lagunas se presenta en su sentido más genuino y con toda su crudeza, puesto que es el que realmente pone en apuros a los operadores jurídicos. En efecto, las dificultades y los problemas de los juristas surgen precisamente cuando en el ordenamiento jurídico estatal, entendido como totalidad sistemática de normas, no existe una regla jurídica específica con cuya ayuda pueda adoptarse una solución respecto del caso planteado. Y, en ese supuesto, es cuando realmente tiene utilidad la doctrina sobre la superación de las lagunas (que se explicará en el apartado 2).

Hay, pues, desde el punto de vista general, tres grandes clases o tipos de lagunas en el Derecho, si bien sólo una de ellas conecte plenamente con los problemas que plantea a los juristas prácticos la vida jurídica real. Sin embargo, la doctrina ha señalado también otros varios tipos de lagunas, que conviene recordar brevemente, aunque no sea más que para tener una visión completa del tema. Entre esos tipos, han sido destacados con especial atención los siguientes pares:

1. Lagunas *propias* y lagunas *impropias.* Son entendidas como lagunas propias aquéllas que consisten en vacíos o carencias normativos del ordenamiento jurídico considerado en sí mismo. Son definidas, en cambio, como lagunas impropias aquellas carencias normativas que registra un determinado ordenamiento jurídico positivo cuando se le contrasta con algún tipo de ordenamiento modélico, sea real o ideal. Ambos tipos de lagunas tienen en común el designar la existencia de situaciones o relaciones que no son objeto de regulación específica en las normas positivas integrantes de un ordenamiento jurídico dado. Pero se diferencian porque, mientras que las «propias» encuentran su solución en el conjunto de las normas vigentes a través de la actividad de los intérpretes, las «impropias» sólo pueden ser resueltas por el legislador mediante la creación de nuevas normas.

2. Lagunas *subjetivas* y lagunas *objetivas.* Serían lagunas subjetivas aquellos vacíos o carencias que tienen su origen en la actuación del sujeto legislador que, bien por inadvertencia o error, bien por una decisión consciente, ha dejado sin regular determinadas conductas o materias. Son consideradas objetivas aquellas lagunas jurídicas que se producen por el envejecimiento de los ordenamientos jurídicos, es decir, por el desfase que el dinamismo de las relaciones sociales introduce entre las necesidades reales y la regulación jurídica vigente. Pero en ambos casos se da el supuesto de carencia de una norma específica dentro del ordenamiento positivo.

3. Lagunas *praeter legem* o «fuera de la ley» y lagunas *intra legem* o «dentro de la ley». Las primeras consisten en vacíos o carencias normativas

que afectan a determinadas relaciones o situaciones particulares, a pesar de que existe en el ordenamiento una regulación que parece contemplarlas. Tales carencias se dan cuando las normas jurídicas son tan detalladas o particularizadas (es decir, exhaustivas) que no permiten que sean incluidos en su regulación específica todos los supuestos que pueden presentarse en esa materia y a ese nivel de particularidad. Fuera de la norma aparecen supuestos que, pudiendo o debiendo estar incluidos en ella, de hecho no lo están. Las lagunas *intra legem* existen, por el contrario, cuando las normas jurídicas son tan genéricas y abstractas que no llegan a ofrecer una solución adecuada para varios de los supuestos particulares que se presentan dentro del área de relaciones sociales por ellas reguladas.

Ahora bien, lo importante para la vida jurídica no es tanto esta diferenciación tipológica de las lagunas, cuanto la determinación de las vías para la solución o superación de esas lagunas, en el supuesto de que se produzcan.

3. La superación de las lagunas jurídicas

La necesidad de encontrar vías de solución a las posibles lagunas jurídicas es tan obvia que, tanto la doctrina como los propios ordenamientos positivos, se han preocupado de establecer reglas que permitan a la actividad jurisdiccional de los tribunales resolver eficazmente los vacíos normativos con que llegue a encontrarse. Estas reglas pertenecen, según la conocida doctrina de CARNELUTTI, a dos métodos fundamentales: la heterointegración y la autointegración.

A) *Método de la heterointegración*

La *heterointegración* consiste en la superación de las lagunas jurídicas mediante la aplicación de normas pertenecientes a un sistema o subsistema jurídico diverso de aquel en que se produce la laguna. Esta heterointegración puede ser, según la doctrina, «propia» o «impropia».

Se da la heterointegración en sentido propio cuando la solución del caso no específicamente regulado se formula en base a normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico distinto de aquel en que se produce la laguna. Lo normal es que este tipo de heterointegración se realice mediante el recurso a normas o principios que pertenecen a un orden ético-jurídico distinto del ordenamiento estatal, como la justicia, la equidad o el Derecho natural. Pero no es infrecuente que se recurra también en ocasiones a normas pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos positivos extraños, tales como el Derecho romano, el Derecho canónico, los Códigos de otros

Estados o «nacionalidades», las Declaraciones o Pactos internacionales, etc. [6].

En cambio, cuando se recurre a normas que pertenecen a un área del propio ordenamiento, que es distinta del área o sector en que se ha producido la laguna, se está ante un caso de heterointegración impropia. Lo habitual es que este tipo de heterointegración se realice mediante el recurso al Derecho consuetudinario, a las decisiones o directrices jurisprudenciales, o a la doctrina jurídica, ya que la laguna se producirá normalmente en el ámbito del Derecho legislado [7].

B) *Método de autointegración*

La autointegración consiste en la superación de las lagunas mediante la aplicación de normas o principios jurídicos que forman parte del propio ordenamiento, subsistema o sector en el que se producen dichas lagunas. Las vías o manifestaciones más habituales de la autointegración son el recurso a la *analogía* o la aplicación de los *principios generales del Derecho*, vías ambas reconocidas generalmente de forma explícita por la mayoría de los ordenamientos. Mediante esta solución se consigue que, en caso de que se produzcan lagunas, las normas aplicables se extraigan del propio ordenamiento, sin recurrir a otros órdenes jurídicos e incluso sin tener que ayudarse de la regulación de otros cuerpos normativos.

El recurso a la *analogía* es aquel procedimiento de superación de las lagunas jurídicas que consiste en la resolución de casos no directamente regulados, mediante la aplicación de normas del ordenamiento que regulan casos semejantes. Este método de resolución de las lagunas fue ya reconocido por el Derecho Romano clásico, según testimonia el Digesto, y por el Derecho intermedio, en el que el «argumentum a simili» era considerado como el instrumento más eficaz para extender la regulación de las leyes a casos no comprendidos directamente en ellas. En el Derecho contemporáneo, el auxilio de la analogía en la aplicación de las normas jurídicas legales es un principio común de la práctica jurídica, hasta el punto de que ese principio ha sido incorporado incluso de modo explícito a los ordenamientos jurídicos positivos [8]. En todo caso, la aplicación de la analogía exige que en el supuesto no

[6] Como ha hecho, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978.

[7] La doctrina jurídica, designada por SAVIGNY como «derecho científico», no es considerada en la actualidad como elemento utilizable para la solución de las lagunas, pero sí lo fue en épocas pretéritas, como lo demuestra la «Ley de citas» dada por TEODOSIO II y VALENTINIANO III en el año 426 para fijar el valor de las opiniones de los diversos juristas, reconociendo autoridad plena a las de PAPINIANO, PAULO, ULPIANO, MODESTINO y GAYO.

[8] El Derecho español constituye una buena muestra de ello, puesto que el artículo 4.1 del Có-

regulado se dé la misma conexión de lógica jurídica («ratio legis») que llevó al legislador a regular (y a regularlo de tal manera) el supuesto específicamente contemplado en la norma existente [9].

Es también habitual que la doctrina distinga diversos tipos de analogía: la analogía propiamente dicha o *analogía de ley*, que es la anteriormente descrita, la *analogía de Derecho* y la analogía *por interpretación extensiva*. Cuando se recurre a la *analogía de Derecho*, lo que se hace es buscar la solución, no en una norma que regule un caso semejante, sino en la orientación del sistema jurídico total o en un sector del mismo. Y, mediante el recurso a la *interpretación extensiva*, lo que se hace es incluir en alguna de las normas específicas existentes el supuesto no regulado [10].

El otro procedimiento de autointegración consiste en el recurso a los *principios generales del Derecho*, que son algo así como los criterios o directrices fundamentales del orden jurídico vigente y que se encuentran (aparentes u ocultos) en las normas, en las instituciones, en los principios político-legislativos constitucionales y en la tradición jurídica nacional. Por otra parte, esos principios pueden pertenecer, según se acepta generalmente, a uno de estos dos tipos básicos: los principios generales **expresos** del ordenamiento y los principios generales **inexpresos**. Los primeros están formulados en normas positivas legales o constitucionales, de carácter generalísimo, y tienen, por tanto, un carácter dual: son principios y, a la vez, normas positivas. El recurso a ellos no presupone, por tanto, necesariamente la existencia de una laguna; puede consistir en la simple aplicación de una norma general a los casos previstos en la misma. Los segundos no están inmediatamente visibles en las normas positivas y tienen que ser descubiertos por el intérprete a través de un proceso de abstracción que parte de las normas del ordenamiento para obtener el espíritu del sistema, espíritu que está encarnado en estos principios. El recurso a ellos constituye, en consecuencia, un verdadero procedimiento de integración del sistema, por cuanto viene motivado por la existencia de una laguna, es decir, la inexistencia de una norma positiva que regule algún determinado caso [11].

Ahora bien, los principios generales capaces de suministrar al intérprete las directrices reguladoras para la solución de todo posible caso no siempre

---

digo Civil dispone que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

[9] Esta es la exigencia que proclamaba el viejo brocardo tradicional: «ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio».

[10] Esta vía es especialmente útil en aquellos ámbitos del ordenamiento en que está vetada la aplicación analógica, como ocurre en el Derecho Penal.

[11] A estos principios es a los que se refiere el número 4 del artículo 1 del **Código Civil** español, al establecer que se aplicarán «en defecto de ley o costumbre».

son fácilmente reconocibles; y, por otra parte, su carácter, su alcance y su propia naturaleza son objeto de discusión [12].

II. El problema de las contradicciones entre normas

Los datos que arroja la experiencia diaria parecen avalar la intuición de que los Derechos históricos, es decir, los ordenamientos jurídicos de cada país, constituyen complejos de normas entre las que no existe ni una plena coherencia ni una exacta integración jerárquica. Y esos datos, al desvelar la existencia de contradicciones y falta de conexión, ponen en duda el carácter sistemático de los ordenamientos jurídicos estatales. Sin embargo, la afirmación de que el ordenamiento jurídico es o constituye un sistema parece ser hoy un lugar común dentro del discurso de los juristas.

1. La idea de sistema en el Derecho

Como se ha señalado ya, en su realidad existencial inmediata, el Derecho se compone siempre de una rica pluralidad de normas que regulan los más variados campos de la actividad. Pero puede comprobarse también que la aplicación de cualquiera de las normas jurídicas que componen un ordenamiento desencadena la intervención de otras muchas normas en las que se regulan diversos aspectos que son imprescindibles para la correcta realización jurídica de la actuación que se pretende llevar a cabo. Y este hecho demuestra que todas esas normas constituyen una unidad funcional, en cuanto que contribuyen a la realización de un objetivo común, por lo que implican también la exigencia de que entre ellas no existan enfrentamientos o contradicciones insalvables. Es, por tanto, imprescindible que el Derecho esté informado por el principio de la coherencia, actuando como un verdadero sistema unitario.

Afirmar que el Derecho es o constituye un sistema supone afirmar que es un complejo de normas que funciona unitariamente, de tal modo que entre lo que establecen sus múltiples disposiciones no se dé nunca contradic-

[12] Algunos autores han sostenido incluso que el recurso a los principios generales del Derecho es un método de *heterointegración*, dada la fuerza de expansión axiológica y el exceso de contenido deontológico que tienen estos principios y que les lleva a superar el mero marco lógico de las normas de las que han sido extraídos, de tal modo que éstas sólo los reflejan parcialmente. Otros pensadores han afirmado, en cambio, que los principios generales son algo así como las normas fundamentales y generalísimas del sistema, ya que son obtenidos a través de un proceso de abstracción de las mismas normas del sistema y cumplen la misma función que éstas: la regulación de determinadas relaciones sociales o supuestos de hecho. En esa medida constituyen, no un medio de heterointegración del sistema, sino una auténtica vía de autointegración del mismo.

ción o incompatibilidad [13]. No se trata, pues, tanto de afirmar una derivación lógica estricta y rigurosa entre las diversas normas, ni una coordinación conceptual completa, cuanto de poner de relieve la inexistencia de contradicciones normativas propiamente dichas. Lo que se intenta destacar por encima de todo, al afirmar que el Derecho es un sistema, es que, en el seno de los ordenamientos jurídicos positivos no pueden coexistir normas que sean incompatibles entre sí. En esa medida, la sistematicidad del Derecho equivale a la presencia en los ordenamientos del principio que excluye la contradicción entre sus normas, es decir, del principio de la **coherencia** [14].

---

[13] Se afirma, pues, la unidad sistemática funcional del Derecho, la existencia de éste como «sistema normativo». Pero hay que tener en cuenta que en el ámbito de la ciencia jurídica y de la filosofía del Derecho, el uso histórico de la locución «sistema jurídico» arroja otros dos importantes significados o sentidos.

Un primer sentido es el que puede tener como «sistema deductivo». En esta acepción, decir que un Derecho constituye un sistema equivale a afirmar que todas las normas que lo integran son derivables lógicamente de algún principio jurídico fundamental, que desempeña la misma función que desempeñan los postulados teóricos en los sistemas científicos, tal como se pretendía en la doctrina del Derecho natural racional.

Un segundo sentido es el de «sistema científico» o lógico. Según esta acepción, el Derecho es sistema en la medida en que es materia científica sometida a un tratamiento clasificatorio unificador. Es, pues, el sentido que corresponde a la ciencia jurídica sistemática, cuyo objetivo es construir un esquema científico unitario en el que quede ordenadamente reflejado el conjunto de las normas que componen el Derecho estatal.

[14] Sin embargo, puede pensarse que el alcance significativo de la actual caracterización del Derecho como sistema incluye en alguna medida elementos correspondientes a los otros dos significados. En efecto, la doctrina del sistema, es, de un lado, un modelo interpretativo que proviene de la orientación lógico-sistemática de la ciencia dogmática (lo que revela una coincidencia profunda con el segundo significado), y de otro lado, parece incluir también, al menos en alguna de sus versiones más prominentes, una conexión derivativa de carácter lógico-sistemático, que arranca de la norma fundamental y que parece rememorar el encadenamiento lógico-deductivo propio de las teorías iusnaturalistas de la modernidad avanzada. Así pues, la afirmación actual de que el Derecho es un sistema incorpora una significación múltiple que refeja y reproduce, al menos en parte, los diversos significados que ha registrado a lo largo de la historia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la unidad o complementariedad lógico-normativa de las disposiciones del Derecho ha sido afirmada ya por los juristas, de una forma explícita o implícita, desde la antigüedad. Lo que indica que la visión del Derecho como sistema funcional es muy antigua. Sin embargo, es habitual entre los especialistas exponer la tesis de que la doctrina explícita de que el Derecho constituye un sistema propiamente dicho no aparece hasta el momento en que son formuladas las teorías que lo definen como *ordenamiento*, es decir, como un conjunto de normas dispuestas según un determinado orden interno. En este sentido, habría que reconocer que fueron los partidarios de la concepción institucionalista del Derecho, en especial el italiano S. Romano, los que han introducido de forma expresa y consciente en el ámbito de la teoría jurídica el tema/problema del Derecho en cuanto sistema, al dar a la vieja expresión de «ordenamiento» jurídico un significado técnico riguroso. Posteriormente, la gran atención prestada por Kelsen a este tema ha hecho que los problemas de la caracterización del Derecho como ordenamiento y como sistema se hayan generalizado hasta el punto de situarse en el primer plano de las actuales preocupaciones básicas de la teoría o filosofía jurídica. Según Kelsen, entre las normas de cualquier Derecho estatal existe una correspondencia y un ajuste tan estrictos que es posible reconducirlas todas a una única norma fundamental, que se constituye en el principio y el cierre de la unidad y coherencia del ordenamiento. Se trata, por tanto, de una sistematicidad puramente formal o procesal. Y este dato hace que la doctrina de Kelsen resulte radicalmente discutible, pues parece difícil seguir

Ahora bien, dado que parece ser realmente inevitable el que, de hecho, los órganos legitimados para crear Derecho lleguen a crear normas que contradicen total o parcialmente a otras normas ya existentes en el respectivo orden jurídico, el afirmar que éste es o constituye un sistema sólo puede equivaler a decir que ese ordenamiento jurídico cuenta con los mecanismos propios adecuados para neutralizar la incompatibilidad inicial de las normas que se contradicen. En consecuencia, cuando se califica al Derecho como sistema, se quiere dar a entender que los distintos ordenamientos jurídicos son complejos de normas relacionadas entre sí funcionalmente, en el sentido y hasta el punto de que, no sólo no pueden subsistir incompatibilidades o contradicciones entre dichas normas (=contenido negativo de la sistematicidad), sino que ha de darse inevitablemente una relación de mutua complementariedad (=contenido positivo de la sistematicidad), de tal modo que todas las normas contribuyan armónicamente al logro de los objetivos sociales que intenta realizar cada Derecho. Ambas manifestaciones son exigencias del carácter sistemático del Derecho.

2. La posibilidad de contradicciones entre disposiciones jurídicas

El supuesto de disposiciones jurídicas que, perteneciendo a un mismo ordenamiento jurídico, se contradicen es una de las dificultades permanentes a que han tenido que enfrentarse los juristas de todos los tiempos [15]. Pero ha sido también constante, al menos en el ámbito de la tradición jurídica romanista, la afirmación de que el Derecho no admite antinomias [16]. Sin embargo, en la actualidad, la aceptación de la existencia de contradicciones entre normas de un mismo ordenamiento resulta casi normal.

---

hablando de sistema cuando sólo existe entre las normas unidad en cuanto al modo en que han sido creadas, pero no en el contenido regulativo.

[15] Habitualmente, el problema a que hace referencia el epígrafe de esta pregunta es formulado como cuestión de las contradicciones entre «normas». Ahora bien, no parece posible que se dé una verdadera contradicción entre dos normas propiamente dichas de un mismo ordenamiento jurídico. Lo que sí es posible e incluso frecuente es que haya *disposiciones jurídicas* contradictorias, es decir, enunciados normativos contenidos en artículos o partes (párrafos o números) de artículos, que sean incompatibles entre sí. Pero tales disposiciones no podrán llegar a ser calificadas en ningún caso como verdaderas normas. Por eso, se ha considerado preferible formular el enunciado de este apartado como «contradicciones entre disposiciones jurídicas» y no como «contradicciones entre normas».

[16] JUSTINIANO plasmó ya este principio en el inicio del **Digesto,** proclamando que en él no podrán encontrarse antinomias o contradicciones. Y este principio constituyó una regla indiscutible para la interpretación del Derecho romano (considerado durante muchos siglos como el Derecho por excelencia), de tal modo que la preocupación principal de sus intérpretes se centró precisamente en eliminar las contradicciones «aparentes», recurriendo a los más diversos medios hermenéuticos. Ahora bien, es obvio que esta práctica constituía un reconocimiento expreso, aunque indirecto, de la existencia de enfrentamientos o incompatibilidades.

Puede decirse que existe una contradicción entre dos disposicciones jurídicas cuando la aplicación simultánea de ambas disposiciones a un mismo supuesto fáctico produciría consecuencias jurídicas directamente contrapuestas [17]. La contradicción es, pues, aquella situación que se produce cuando hay dos disposiciones jurídicas que, perteneciendo al mismo ordenamiento y teniendo el mismo ámbito de validez, son entre sí incompatibles por imponer conductas contrapuestas [18]. Tales disposiciones jurídicas son incompatibles entre sí y no pueden ser válidas al mismo tiempo; su presencia en el ordenamiento generaría la aparición de esa situación de contradicción normativa habitualmente designada con el nombre de «antinomia».

Así pues, para que pueda hablarse con propiedad de la existencia de contradicciones o antinomias, han de darse dos requisitos o condiciones básicas.

Primera condición: que ambas disposiciones pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico, es decir, a una misma totalidad normativa unitaria. No pueden darse contradicciones estrictas (serían simples faltas de coincidencia) entre disposiciones pertenecientes a ordenamientos jurídicos independientes. Pero, si varios ordenamientos, parcialmente autónomos, están integrados de alguna forma (por coordinación o por subordinación) en alguna unidad normativa superior, pueden llegar a producirse auténticas contradicciones entre disposiciones pertenecientes a dos de esos ordenamientos distintos [19].

Segunda condición: que ambas disposiciones tengan idéntico ámbito de validez personal, material, espacial y temporal. Si esa identidad de validez no se da en cualquiera de sus cuatro aspectos, no existe contradicción [20]. En cambio, cuando dos disposiciones jurídicas establecen conductas contrapuestas, produciéndose al mismo tiempo todos los condicionamientos apuntados, entonces se da en toda su propiedad el supuesto de contradicción.

Ahora bien, según una doctrina bastante extendida, puede haber diversos tipos de contradicciones o antinomias propiamente dichas. Por ejemplo, éstos: a) *total-total*, que se da cuando las disposiciones contrapuestas tienen

---

[17] Según KELSEN, cuando ambas normas no pueden ser válidas al mismo tiempo. Según BOBBIO, cuando no pueden ser simultáneamente verdaderas.

[18] Dicha situación puede darse: 1. cuando hay una disposición que manda hacer A y otra que prohibe hacer A; 2. cuando hay una disposición que manda hacer A y otra que permite no hacer A; 3. cuando hay una disposición que prohibe hacer A y otra que permite hacer A.

[19] La relación de los ordenamientos jurídicos positivos con el Derecho natural es un ejemplo clásico de esta posibilidad. En la actualidad, puede citarse la relación de los ordenamientos de los Estados federados o Regiones con el Derecho estatal federal o la de los Derechos estatales con el Derecho internacional.

[20] Así, nos encontramos con que no hay contradicción en los diversos supuestos siguientes: a) cuando no se da identidad de materia u objeto de regulación; b) cuando no se da identidad de sujeto obligado; c) cuando no existe identidad de espacio o lugar en el que han de aplicarse las normas; d) cuando no se da identidad en el tiempo al que se refieren las normas.

idéntico ámbito de validez en todas sus manifestaciones [21]; b) *parcial-parcial*, que se da cuando las disposiciones contrapuestas tienen un ámbito de validez que es en parte igual y en parte distinto (sea por el sujeto, por la materia, por el lugar o por el tiempo) [22]; c) *total-parcial*, que se da cuando una de las disposiciones contrapuestas tiene un ámbito de validez ilimitado (=total) mientras que la otra tiene un ámbito de validez restringido (=parcial) [23].

Estas consideraciones son suficientes para llegar a una idea aproximativa de lo que son las contradicciones entre disposiciones jurídicas y de las principales formas de manifestación en que aparecen. Pero el problema más importante de las contradicciones no es el de las circunstancias de su existencia, sino el de los caminos para su solución. Esta cuestión es precisamente la que se intenta resolver a través del estudio de los criterios o reglas utilizables [24].

3. Criterios de solución de las contradicciones

Si preguntáramos al hombre de la calle qué solución adoptaría si se encontrara frente a dos disposiciones jurídicas que se contradicen, respondería muy probablemente que él aplicaría aquella que fuese más justa. Su respuesta nos conduciría, pues, a un criterio único y preciso: la justicia. Un criterio que, por otra parte, parece ser el que mejor responde a la misión específica que compete al Derecho dentro de la trama de la organización social. Pero nosotros sabemos por experiencia que ese criterio esá sometido a tantas discusiones sobre su propio contenido y significado que, prácticamente, resultaría inutilizable, por la incidencia que sobre él pueden tener las apreciaciones y actitudes personales. ¿Cuál sería la disposición más justa? Con frecuencia, no resulta fácil decidirlo.

---

[21] Sería el caso de: *Disposición A:* «Los menores de 18 años no pueden fumar cigarrillos en las Aulas de 17 a 19 horas»; *Disposición B:* «Los menores de 18 años pueden fumar cigarrillos en las Aulas de 17 a 19 horas».

[22] En este supuesto, cada una de las dos disposiciones tiene un campo de aplicación que entra en conflicto con el de la otra y un campo que no entra en conflicto. Por ejemplo, *Disposición A:* «Los menores de 18 años no pueden fumar en las Aulas puros o pipa de 17 a 19 horas»; *Disposición B:* «Los menores de 18 años pueden fumar en las Aulas pipa y cigarrillos de 17 a 19 horas».

[23] Así en: *Disposición A:* «Los menores de 18 años no pueden fumar en el Aula de 17 a 19 horas»; *Disposición B:* «Los menores de 18 años podrán fumar en el Aula de 17 a 19 horas, solamente cigarrillos».

Según K. Engisch, los tipos básicos de contradicciones o antinomias son cinco: *contradicciones técnico-legales, contradicciones entre normas, contradicciones de valoración, contradicciones teleológicas y contradicciones de principio.*

[24] Dado que la contradicción entre disposiciones jurídicas consiste en la presencia simultánea, dentro de un mismo ordenamiento jurídico, de dos disposiciones que son incompatibles entre sí, el camino de la superación de esa situación pasa necesariamente por la eliminación o neutralización de una de ellas. Pero, ¿cómo se puede decidir acertadamente cuál de las dos ha de ser eliminada?

Por eso, la jurisprudencia y la ciencia del derecho, a través de una secular actividad práctica y teórica, han elaborado otras varias reglas de solución, que tienen un mayor grado de objetividad y que han llegado a ser comúnmente aceptadas. Entre tales reglas, destacan por la generalidad de su aceptación estas tres: [1] la de la posterioridad cronológica, [2] la de la superioridad jerárquica y [3] la de la especialidad en la regulación [25].

La *primera regla* se ha plasmado en ese viejo principio jurídico, según el cual, «la ley posterior deroga a la ley precedente». La contradicción entre dos disposiciones jurídicas (iguales en todo lo demás) que han sido promulgadas en momentos cronológicos distintos se resuelve a favor de la más reciente; la más antigua o vieja se da por anulada o no existente [26].

La *segunda regla* ha quedado históricamente recogida en el principio «la ley superior deroga a la inferior». La contradicción entre dos disposiciones jurídicas que pertenecen a diferentes niveles jerárquicos del ordenamiento se resuelve a favor de aquella que es jerárquicamente superior [27].

La *tercera regla* ha sido expresada a través del aforismo «la ley especial deroga a la general». En caso de que se produzca contraposición entre una disposición jurídica de carácter y alcance general y una disposición jurídica de carácter y alcance especial, prevalece la especial sobre la general [28].

---

[25] A veces, se incluyen además algunas otras, como la «competencia», el «procedimiento» o la «prevalencia». La más interesante de éstas es, en mi opinión, la de la competencia, especialmente para un mundo político organizado sobre la base de la estructura federal o confederal, puesto que, en caso de conflicto de normas, deberá prevalecer en cualquier supuesto aquella que haya sido establecida por el órgano que tiene asignada la correspondiente competencia por el ordenamiento jurídico general.

[26] Aquí quiebra ese otro principio jurídico, relativo a la posesión, de que «prior (in) tempore, potior (in) iure». Esta regla de la posterioridad cronológica es connatural a una concepción legalista-estatista del Derecho. En efecto, entendiendo el Derecho como creación del legislador, es lógico pensar que la disposición posterior ha de anular a la anterior, ya que se presume que, al formularla, el autor tiene la voluntad de modificar la precedente. Por otra parte, dicho principio parece venir exigido por el carácter dinámico y progresivo del Derecho, pues lo contrario desembocaría en el inmovilismo.

[27] Esta es la consecuencia inmediata del principio de jerarquía normativa que todos los ordenamientos jurídicos incorporan en la actualidad: las disposiciones superiores abrogan (=anulan) a las disposiciones inferiores, pero éstas no pueden abrogar a aquéllas. La inferioridad de una disposición jurídica respecto de otra consiste en su menor operatividad normativa. Parece lógico, por tanto, que la reglamentación de las disposiciones inferiores ceda ante la de las superiores. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de jerarquía normativa está reflejado de forma expresa en múltiples ocasiones, unas veces con carácter general y otras con carácter específico.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que este principio, formulado en relación con las normas legales, tiene validez general y es también aplicable a los supuestos en que una de las disposiciones incompatibles es legal y la otra consuetudinaria. En cualquier caso tendrá prioridad la de rango superior. Lo habitual es que los ordenamientos subordinen la costumbre a la ley, pero pueden darse casos (se cita el Derecho Canónico, y en alguna medida el internacional, el Derecho inglés, el Derecho medieval, el antiguo Derecho romano), en que la costumbre prevalezca sobre la ley. En tales supuestos, la solución conduciría al predominio de la costumbre.

[28] La razón parece obvia, puesto que la regulación específica lleva en sí misma la finalidad de sustraer a la regulación general la materia a la que se refiere, incluso en los supuestos en que la re-

La aplicación de alguna de estas tres reglas permite resolver todos los supuestos de contraposición o antinomia simple. Pero ocurre a veces que, entre dos disposiciones jurídicas, se da una contraposición compleja o cruzada, de tal modo que pueden (o tienen que) aplicarse concurrentemente varias reglas de resolución [29]. ¿Cómo resolver esas posibles situaciones? ¿Existe algún criterio de elección, algún orden de importancia, entre las reglas, que permita adoptar una decisión fundamentada?

A través de la práctica jurídica, la doctrina ha logrado decantar, si no ya unos criterios fijos y vinculantes, sí al menos unas directrices predominantes, como la de que la regla de la superioridad jerárquica ha de imponerse casi siempre a las otras dos y que la regla de la especialidad es más fuerte que la de la posteridad cronológica [30].

Puede pensarse, por tanto, que las contraposiciones entre disposiciones jurídicas son siempre resolubles, tanto si se trata de contraposiciones simples (o de primer grado) como si se trata de contraposiciones complejas (o de segundo grado). Sin embargo, puede haber contraposiciones de normas a las que no se puede aplicar ninguna de las reglas o principios homologados de solución [31]. En esas situaciones extremas, la solución del conflicto está en

---

gulación general es cronológicamente posterior. Algunos autores han afirmado que la primacía de las normas especiales es una exigencia de la justicia, que impone la atención a las diferencias de los sujetos o de las situaciones. Pero este punto de vista ha de ser inevitablemente cuestionado: puede ocurrir muy bien que esa primacía constituya una flagrante injusticia. En realidad, la verdadera justificación de esta tercera regla está en la «voluntad» o designio del propio ordenamiento que, al crear una regulación específica o al mantenerla, opta por segregar ese ámbito de la regulación general.

[29] En estos casos, si la solución correspondiente a las diversas reglas es coincidente no hay problema. Pero si, como es relativamente fácil, la solución exigida por cada una de las reglas aplicables es contrapuesta, estamos ante un caso de conflicto entre reglas de resolución de contradicciones. Así, puede ocurrir que la regla de la posterioridad cronológica entre en conflicto con la de la superioridad jerárquica, que ésta se enfrente a la de la especialidad de la regulaciòn, que choquen entre sí la cronológica y la de especialidad, o que se enfrenten las tres al mismo tiempo.

[30] Sin embargo, existen supuestos en que la regla de la especialidad se impone a la de la superioridad jerárquica, y también casos en que la posteridad cronológica vence a la de la especialidad de la regulación. Pero estos casos son sin duda más bien excepcionales. Lo normal es que se aplique el orden de prioridad que atribuye la mayor importancia a la regla de la superioridad jerárquica y la menor a la regla de la posterioridad cronológica. Esta cede ante las otras dos, y la de especialidad se subordina siempre a la de superioridad jerárquica. Esta última se impone, pues, siempre, en principio, a cualquiera de las otras dos.

[31] ¿Qué hacer cuando se está ante dos disposiciones del mismo rango, que han sido formuladas al mismo tiempo y que tienen el mismo ámbito de generalidad? En este supuesto, no existe ningún criterio que pueda considerarse vinculante para el intérprete por su racionalidad intrínseca o por la generalidad de su utilización.

Algunos tratadistas antiguos remitían la solución de estas situaciones extremas a la aplicación de un criterio de elección basado en el carácter o forma de las disposiciones, de tal modo que las disposiciones permisivas habían de predominar siempre sobre las preceptivas o las prohibitivas. El fundamento de esta opción está en el principio de preferencia por la interpretación «favorable» (=la que favorece la libertad) frente a la interpretación «odiosa» (=la que impone una obligación). Pero este posible criterio de solución no tiene mucha utilidad, ya que lo normal es que las disposiciones

manos del intérprete, quien habrá de resolver en base a consideraciones de justicia y de oportunidad, si bien tendrá que apoyar siempre su opción sobre las posibilidades operativas que en tal sentido le ofrezca el propio sistema dentro del cual está actuando [32].

jurídicas originen simultáneamente derechos y deberes correlativos, por lo que la interpretación favorable para uno de los sujetos de la relación sería odiosa para el otro, y viceversa.

[32] Lo que sí es indiscutible es que los operadores jurídicos habrán de formular siempre alguna solución, ya que los jueces y tribunales están sometidos al «deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan», según proclama el artículo 1.7 del **Código Civil** español. Y, para ello, los propios ordenamientos les proporcionan una batería de soluciones que no se agotan en la regla de superioridad jerárquica o en la regla de la posterioridad cronológica, sino que incluyen también los criterios de interpretación y el recurso a la equidad, ya sea explícito (como fundamento de la decisión), ya sea implícito (como principio inductor de la decisión).

LECCION X

LA «APLICACION» DEL DERECHO Y LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACION

I. Cumplimiento y aplicación jurisdiccional del Derecho

Parece evidente que los hombres se han visto empujados a crear ese útil o instrumento de la vida social que es el Derecho por una necesidad inmediatamente práctica: reglamentar el desarrollo de las relaciones sociales. En otras palabras, el Derecho ha nacido para ser eficaz, para ser *aplicado* en la vida social de una manera directa y efectiva. La *aplicación* es, pues, el momento culminante de la vida del Derecho.

1. La aplicación del Derecho

Toda norma jurídica contiene (y es) un programa o plan de conducta para los sujetos a quienes va destinada; por tanto, cuando el comportamiento de esos sujetos se ajusta al plan establecido en la norma, entonces es cuando se está produciendo la verdadera aplicación de esa norma [1]. Ahora bien, tal aplicación puede concretarse en alguno de estos tres diferentes momentos: [1] cuando el sujeto directamente obligado realiza de forma voluntaria la conducta establecida en la norma; [2] cuando ese sujeto, tras haber incumplido inicialmente la norma, adapta su comportamiento a la sanción impuesta por el órgano competente y [3] cuando cualquiera de los órganos que tie-

[1] Habitualmente, cuando se habla de *aplicación del Derecho* o *aplicación de las normas,* se alude a la realización de actos jurídicos individuales conformes con normas jurídicas generales. Por eso, suele decirse también que la aplicación del Derecho no es más que la concreción de los preceptos jurídicos generales, ya que en ella se procede a encajar los concretos elementos fácticos (situaciones o conductas) dentro del marco normativo de los preceptos jurídicos generales y abstractos.

nen competencia para ello dicta alguna disposición o decisión jurídica de desarrollo (=*aplicación*) de una ley o norma superior. Cualquiera de estas situaciones ha de ser considerada como supuesto en que se está produciendo una genuina *aplicación* de la normatividad jurídica [2]. Y, por tanto, ha de aceptarse la conclusión de que la aplicación del Derecho ofrece dos manifestaciones básicas: el *cumplimiento* que llevan a cabo los particulares y la *ejecución* (aplicación propiamente dicha) por parte de los órganos jurisprudenciales [3].

En la gran mayoría de ocasiones, las normas jurídicas son fielmente cumplidas de forma voluntaria (aunque sea a regañadientes) por los sujetos a los que van dirigidas, en cuanto que terminan por someter su conducta a la regulación establecida en las mismas. Los propios destinatarios inmediatos de la regulación jurídica son los que ponen en conexión los supuestos fácticos en que se encuentran con las normas jurídicas en las que tales supuestos se encuadran. Y, así, convierten en realidad lo que puede calificarse como *cumplimiento* del Derecho en su sentido más propio.

Pero ocurre a veces que el Derecho no puede lograr su propia eficacia sin la intervención de los órganos jurídicos estatales, ya que el inmediatamente obligado no sabe, no puede o no quiere darle cumplimiento. En tales casos es cuando tiene lugar la *aplicación* del Derecho en sentido estricto, puesto que son las autoridades y órganos competentes los que proyectan o concretan la regla de conducta contenida en los preceptos generales sobre los casos concretos de la vida real, llegando a imponer a los obligados, incluso por la fuerza, si fuere necesario, la conducta considerada como exigida. Y, en esa medida, ha de hablarse de dos tipos de aplicación del Derecho, según el carácter de las instancias u órganos jurídicos estatales que intervienen en el proceso: la aplicación *judicial* y la aplicación *no-judicial* [4].

Aplicación judicial y aplicación no-judicial se distinguen, pues, en definitiva, por ser resultado de dos diferentes funciones jurisdiccionales. La función jurisdiccional asumida por el Poder Ejecutivo origina la aplicación no-

---

[2] En este sentido, la tradicional separación o contraposición entre *creación y aplicación* de las normas jurídicas termina desapareciendo, tal como se ha explicado ya en la **Lección VIII.**

[3] Parece que el sentido genuino del *cumplimiento* es la realización del Derecho por parte del propio obligado (independientemente de que sea un sujeto privado o público). En cambio, *ejecución* o *aplicación* sería la realización o concreción del Derecho llevada a cabo por una instancia u órgano diferente del sujeto al que va directa y primariamente destinada la norma, es decir, del obligado por dicha norma en forma directa.

[4] Se produce una *aplicación no-judicial* del Derecho cuando los actos de concreción o ejecución de lo regulado con carácter general en la norma jurídica vienen realizados por autoridades u órganos administrativos, es decir, por órganos que actúan en nombre del Poder Ejecutivo o Administración Pública. Se da, en cambio, una *aplicación judicial* del Derecho cuando la concreción de las normas jurídicas generales es realizada por los jueces, que son órganos o portavoces que actúan directamente en nombre del Derecho mismo, en cuanto éste es una función de la propia colectividad social y no sólo de la organización estatal.

judicial; la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial constituye la aplicación judicial del Derecho. Sin duda, el tipo de aplicación que ha captado la primacía y la representatividad de esta modalidad de realización o concreción del Derecho es la aplicación judicial. Sobre ella se ha volcado la atención de los especialistas y en ella han confluido las más agrias disputas doctrinales. Por eso, es razonable que se le dedique una explicación más extensa y particularizada.

2. La importancia de la actividad judicial

En la actualidad, se reconoce de modo general que la actividad de los jueces tiene una importancia capital para la vida del Derecho, hasta el punto de afirmar que, sin su intervención, resultaría imposible para el Derecho el actualizar su propia eficacia normadora. Pero no están tan lejanos los tiempos en que se veía la función judicial como una simple participación accesoria y sin relieve para el proceso de aplicación de las leyes. Es necesario, por tanto, hacer una breve referencia a las alternativas por las que ha pasado esta significativa transformación del sentido y de la importancia de la función de los jueces.

Tras una larga etapa de máximo protagonismo [5], la importancia jurídica de los jueces y de la función judicial se vio sometida a una drástica transformación, cuyos efectos todavía perduran en la actualidad. Eso ocurrió en la etapa en que surgió y se consolidó el Estado moderno, con su secuela de enorme concentración del poder político y de creciente predominio de la ley sobre todas las demás formas de manifestarse el Derecho [6].

Así, en el último tercio del siglo XVIII, durante todo el el XIX y a comienzos del XX, llegó a ser convicción predominante el pensamiento de que, puesto que el Derecho positivo se halla contenido por completo en la ley escrita (fundamentalmente, en los Códigos), la motivación fundamental de la

[5] Hay que dejar constancia, en primer lugar, de que el significado originario de la función judicial radicaba en decidir lo que alguien debía hacer jurídicamente en una determinada circunstancia social concreta. El juez –*judex*– era el que decía el Derecho *(jus dicere)*, el que decía lo justo *(jus)*, es decir, el que decidía qué era lo que debía hacerse en cada caso concreto para actuar conforme a Derecho o justicia.

Es obvio, sin embargo, que la mayor o menor importancia de esta función oracular cuasisacerdotal de pronunciar *(dicere)* el Derecho e incluso su alcance y su sentido mismo hayan experimentado variaciones notables bajo la presión de los condicionamientos de todo tipo surgidos de la cambiante estructura de las sociedades humanas, muy especialmente por la influencia de las mutables condiciones económicas y políticas que determinaban la vida jurídica de las sociedades.

[6] Con la aparición de la *Ley* como máxima expresión de la racionalidad jurídica, en su calidad de dictamen de la justa voluntad del pueblo soberano, comenzó a verse la función judicial como un simple proceso de concreción de los preceptos contenidos en la ley general sobre las distintas manifestaciones de la realidad jurídica.

actividad de los jueces debía ser la obediencia a la ley, la sumisión o subordinación al Derecho vigente. Consecuentemente, se pensó también que el juez debe limitarse a aplicar las leyes, es decir, a subsumir el caso jurídico concreto bajo el precepto legal, aplicándole, a través de un razonamiento silogístico, la solución prevista en él [7]. Sin embargo, dicha concepción resulta hoy inadmisible, siendo rechazada ya por la mayoría de los autores [8].

En la actualidad, la concepción mecánica de la función judicial y la visión de la sentencia como un silogismo han sido enérgicamente repudiadas por la casi totalidad del pensamiento jurídico. La crítica ha mostrado en forma concluyente que la obra de los órganos judiciales no consiste simplemente en subsumir bajo una norma general el caso particular planteado y en sacar seguidamente, a modo de conclusión silogística, la sentencia pertinente. Se ha hecho evidente que la función judicial aporta siempre algo nuevo, algo que no está contenido en las normas generales, por lo que ha de ser reconocido el carácter en alguna medida creador de dicha función [9].

En efecto, la función judicial comprende siempre una serie de operaciones que no están previamente determinadas en las normas generales y que, por tanto, los jueces tienen que llevar a cabo por su propia cuenta, aunque, al hacerlo, deban seguir, por supuesto, las directrices que el propio Derecho establece. Así, el juez [1] tiene que determinar cuál es la norma general aplicable al caso planteado, [2] tiene que decidir cuál es la calificación jurídica

---

[7] El juez es, por tanto, en definitiva un simple autómata; es, según la gráfica caricatura de L. RECASENS, una especie de robot con tres ranuras y un botón, cuyo funcionamiento se limita a estas tres operaciones: [1] introducción de las normas legales aplicables en la primera de las ranuras, [2] introducción de los hechos constatados en la segunda ranura y [3] presión del botón de conexión entre las normas legales y los hechos. Sin más. la sentencia surgía por sí sola a través de la tercera ranura.

[8] En realidad, la actividad de los jueces no se ajustó nunca con exactitud a ese esquema interpretativo impuesto por la doctrina. Lo que ocurrió en verdad fue algo completamente distinto, puesto que los jueces no se limitaron nunca a actuar como simples voceros o ejecutores automáticos de las leyes. Muy al contrario, los jueces se vieron siempre comprometidos (quisiéranlo o no, les gustara o no, lo reconocieran o lo negaran) en una actividad que desbordaba los estrechos límites de las leyes, para constituirse en acción independiente y creadora de Derecho en alguna medida.

[9] Esto ha de ser así porque, ni la ley es siempre una regla clara y completa de conducta, ni los casos planteados son datos incontrovertibles, ni el juez es un autómata que transforma de modo mecánico normas y hechos en sentencias. La administración de justicia, es decir, la aplicación del Derecho, no se reduce a una simple actividad cognoscitiva de normas y hechos, sino que está arraigada en la personalidad total de los jueces. El juez es inevitablemente un ser humano; detrás de la decisión que adopte está su conciencia jurídica global. Aún cuando la obediencia al Derecho e incluso la obediencia a las leyes esté profundamentea arraigada en su espíritu como actitud moral y profesional, el juez presta siempre atención de alguna forma a la trascendencia de su tarea social, siendo sensible a la necesidad de dictar sentencias justas o correctas conforme al espíritu de la tradición jurídica y cultural que le rodea. Su respeto a la ley no es absoluto. En la medida de lo posible, el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su propia conciencia jurídica, a fin de que su fallo pueda ser aceptado. no sólo como «legalmente ajustado» (correcto), sino también como jurídicamente «justo» y socialmente «deseable». De ahí, la importancia de su actividad.

que corresponde a éste y [3] tiene que recoger en el fallo la resolución o tratamiento más justo.

La determinación de la norma aplicable no es labor fácil, puesto que las normas generales, precisamente por esa su constitutiva generalidad, se distancian tanto de las realidades concretas que con muchísima frecuencia resulta sumamente arduo decidir si el caso planteado se corresponde o no con el supuesto típico (es decir, con el caso-marco) contemplado en tales normas. Ha de emitirse, por tanto, un juicio sobre la efectiva referencia del caso a la norma. Y este juicio, que implica múltiples valoraciones previas, solamente puede ser formulado por el juez.

La elección de los hechos o datos jurídicamente relevantes y la calificación jurídica de los mismos implica también una serie de juicios valorativos confiados en exclusiva al juez. En primer lugar, tiene que seleccionar, de entre todos los aspectos que integran una realidad determinada, aquellos que inciden en la calificación jurídica del caso, prescindiendo de los otros. Y tiene que realizar, además, la valoración o ponderación jurídica de cada uno de los aspectos seleccionados [10].

A su vez, la sentencia, como estructura unitaria de sentido que es, no sólo habrá de integrar las normas aplicables con la calificación jurídica de los hechos relevantes seleccionados, sino que tendrá que pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de tales hechos. Ahora bien, para hacerlo adecuadamente, el juez se verá obligado a realizar múltiples apreciaciones y valoraciones concretas, hasta llegar a un fallo técnicamente correcto, legalmente ajustado, jurídicamente justo o equitativo y socialmente «aceptable».

Así pues, las distintas operaciones realizadas por el juez (la *aplicación del Derecho* que el juez hace) no constituyen una mera actividad mecánica. Por el contrario, su intervención supone siempre la aportación de algún factor nuevo y propio, siendo inevitablemente innovadora y creativa, además de imprescindible [11].

---

[10] Así, en un litigio sobre los daños producidos por un automóvil, aparecen datos tan diversos como la marca y el color del coche, la velocidad a la que circulaba, su número de matrícula, el nombre del dueño, el nombre del conductor, el costo de las reparaciones, etc., pero no todos ellos son de importancia para el objeto del litigio. Por tanto, tendrá que seleccionar y calificar jurídicamente esos aspectos o hechos, tendrá que determinar quién es el sujeto responsable, tendrá que decidir si ha sido un accidente sin culpa o si ha habido imprudencia, etc. Es decir, tendrá que aportar algo (las valoraciones concretas) que es decisivo y que ni las normas generales ni los mismos hechos proporcionan.

[11] Y esta constatación resulta inmediatamente evidente, si se piensa que la sentencia puede y suele variar de sentido según quién sea el juez que interviene en el asunto. Es cierto que la sentencia es una decisión de conflictos de carácter reglado, pero en ella está siempre presente una dimensión innovadora o creativa de Derecho. Es cierto también que los jueces son reacios, por lo general, a reconocer este carácter creador de su actividad. Pero este hecho no anula tal carácter, puesto constantemente de relieve, por otra parte, por la doctrina actual.

II. Significación y alcance de la actividad interpretativa

Tal como se ha apuntado ya anteriormente, la interpretación es uno de los elementos fundamentales de todo el proceso de realización del Derecho, ya que tanto el momento de la creación de las normas como el momento de su cumplimiento o aplicación implican por sí mismos una amplia tarea de interpretación. En efecto, es claro que el intento de regular jurídicamente una relación social cualquiera o la tarea de buscar el ajustamiento o adecuación entre cualquier caso concreto de la vida real y la norma o normas generales que se consideran aplicables al mismo comporta la exigencia de determinar, de un lado, la dimensión y significado jurídico de los hechos reales y, de otro, el sentido y el alcance de las normas formulables o aplicables. Y esa determinación sólo puede lograrse mediante una compleja actividad interpretativa. Sin interpretación, ningún Derecho puede ser realmente eficaz y operativo, es decir, ningún Derecho puede llegar a ser Derecho en sentido pleno, ya que la función constitutiva del verdadero Derecho es precisamente ser y actuar como eficaz reglamentación de las relaciones sociales [12].

Así pues, es inevitable reconocer que la interpretación jurídica es una actividad que han de desarrollar constantemente todos los sujetos que intervienen en el largo proceso de la realización del Derecho. Interpreta, en primer lugar, el creador de las normas generales y abstractas en cuanto que éstas surgen en aplicación de normas o principios de rango superior. Interpreta el destinatario que cumple o incumple esas normas. Interpreta el funcionario o agente que vigila y exige el cumplimiento. Interpreta el abogado cuando ase-

---

[12] Esa aplicación del Derecho a las relaciones sociales, en cuanto tránsito desde la generalidad y abstracción de las normas generales hasta la particularidad y concreción de las normas individualizadas, implica necesariamente una acción interpretativa.

Por supuesto, aunque se reconozca habitualmente el carácter radical y paradigmático de la interpretación jurídica, hay que reconocer que la interpretación no es una actividad peculiar y privativa del Derecho. Cualquier realidad que lleve incorporado un sentido admite y exige interpretación: un hecho histórico, un mito, un sueño, un poema, un texto religioso, una visión, una actitud, una frase... La interpretación es una dimensión constitutiva de toda la experiencia vital del hombre y no sólo de la actividad formalmente cognoscitiva, de tal modo que la experiencia humana del mundo consiste, según la expresión de M. Heidegger y H. G. Gadamer, en una **compleja y total actividad hermenéutica.** Porque *interpretar* es desentrañar el sentido o significado que existe de forma no inmediatamente aparente en algún «factum» de la vida real; interpretar es decir (=decidir, establecer...) o transmitir o descifrar un mensaje que no es evidente por sí mismo. Este es, al menos, el contenido conceptual que tienen los términos «interpretación», «intérprete», cuando se aplican al traductor que se sitúa entre dos personas que hablan idiomas diferentes, al actor que representa un papel dramático o al cantante que ejecuta («interpreta») una composición musical. En todos estos casos el sujeto que lleva a cabo la interpretación está realizando el sentido (o destino) de aquello que interpreta. No es que lo interpretado no tenga ya su sentido, algún cierto sentido... Pero, si la interpretación es necesaria, eso ocurre porque, por alguna razón, lo interpretado no ofrece por sí mismo «su» sentido o significación en esa concreta circunstancia en que ha de intervenir el intérprete. La interpretación es, por tanto, una actividad en sí misma «servicial» o «funcional», puesto que se hace siempre *para.*

sora a sus clientes o cuando esgrime en juicio la fuerza de dichas normas. E interpretan también, obviamente, el juez que pronuncia sentencia y el órgano administrativo que dicta resoluciones [13]. Por otra parte, hay que tener en cuenta también que, aunque es habitual que el problema de la interpretación se plantee en relación exclusiva con la ley [14], la necesidad de interpretación afecta a todos los sectores o tipos de la normación jurídica.

Esta conclusión resulta obvia si tenemos en cuenta que la gran mayoría de las normas jurídicas, por ser generales y abstractas, se expresan en forma muy genérica e indeterminada, con un alcance regulativo muy amplio y muy poco preciso, mientras que las relaciones sociales a las que han de aplicarse son siempre particulares y concretas. Será necesario, por tanto, traducir o convertir la regla general en norma particular, será preciso transformar los términos abstractos en preceptos concretos, es decir, será imprescindible traducir o *interpretar*. La interpretación es, pues, no sólo un momento fundamental en la vida del Derecho, sino un componente imprescindible de esa vida, en cuanto que es un elemento inherente a cualquier tipo de proceso cognoscitivo del Derecho. Por tanto, la necesidad de interpretación no afecta sólo a las normas especialmente obscuras, imprecisas o difícilmente inteligibles; cualquier texto normativo, incluso el mejor formulado y el más claro, necesitará ser desentrañado en su sentido [15].

---

[13] Sin embargo, es corriente que el problema de la interpretación se plantee solamente con ocasión de y en relación con la actividad judicial. Esto ocurre, no sólo por razones históricas, sino también porque en verdad es la interpretación de los jueces (en el nivel que corresponda) la que termina prevaleciendo contra cualquier otra interpretación disidente. Y, además, porque esa interpretación es motivada y pública y, en cuanto tal, es modélica. Pero la interpretación afecta a todo el proceso de realización del Derecho.

[14] Esta abusiva costumbre se explica por la absorbente importancia que la ley adquirió dentro del Derecho moderno y contemporáneo y por la consiguiente e interesada preocupación de los autores en determinar el valor que la ley tiene o *debe-tener* en la organización jurídica de las relaciones sociales. No puede olvidarse que, en el fondo, por lo que se ha luchado casi siempre en las discusiones teóricas en torno a la interpretación jurídica ha sido por la manera de reforzar o de debilitar la preeminencia jurídica del legislador estatal frente a los jueces.

[15] Resulta patente, en consecuencia, la inexactitud de esa apreciación o principio tradicional de que la interpretación resulta innecesaria ante las normas jurídicas claras *(«interpretatio cessat in claris»)*. No existen nunca textos normativos lo suficientemente claros como para que sea del todo innecesaria la interpretación.

Sin embargo, en reiteradas ocasiones históricas se ha pretendido impedir de una u otra forma la interpretación de las leyes, como nos lo demuestra la conocida prohibición justinianea de comentar e interpretar las **Pandectas** o los varios ejemplos de prohibiciones regias que enumeraba el jurista hispano CRESPO DE VALDAURA en 1677. Pretensión ciertamente imposible pues, como señalara ya este último, «por lo mismo que no se puede prohibir al hombre que razone, lo que es de su esencia propia y natural, no se puede prohibir que razone para entender las leyes e interpretar los estatutos en razón a lo que convenga a los casos, respecto a los que se suscite alguna duda justa». Prohibir la interpretación de las leyes es un intento tan inútil como pretender poner puertas al mar o fronteras al viento. Hay que tener en cuenta que la significación y alcance de una norma jurídica no depende sólo de ella, sino también de la posición que ocupa dentro del ordenamiento, por lo que tal significación puede variar al ser alteradas las bases del ordenamiento o alguno de sus sectores más signifi-

Ahora bien, esta actividad no es sencilla. Cualquier intento de determinación del sentido concreto de una norma jurídica implica varias actividades complejas. Así, el sujeto jurídico implicado (particular, funcionario, abogado, juez, órgano administrativo...) necesitará averiguar, en primer lugar, cuáles son las normas generales que corresponde aplicar en la situación concreta que tiene ante él. Y, para lograrlo, necesitará asimismo, no sólo determinar el sentido general de esas normas, sino también realizar una primera calificación jurídica global del supuesto fáctico al que van a ser aplicadas [16]. Por otra parte, todas estas actuaciones tienen, al mismo tiempo, implicaciones teóricas e implicaciones prácticas. Ciertamente la interpretación es una actividad cognoscitiva racional, pero esa actividad implica también inevitablemente aspectos y elementos volitivos y decisorios, puesto que desemboca siempre en la elección de alguno de los varios significados o soluciones posibles, por lo que ha de mediar un acto valorativo de esas soluciones en relación con los principios o criterios que han de tenerse en cuenta en cada caso.

Ocurre asimismo que la actividad cognoscitiva del intérprete de las normas jurídicas ha de estar siempre atenta a las consecuencias que se derivan del carácter «histórico» o «circunstanciado» de esas normas, por cuanto el Derecho positivo es por esencia y siempre una obra circunstancial. Puesto que las normas jurídicas se elaboran bajo el estímulo de unas ciertas necesidades y para lograr unos determinados objetivos sociales, su sentido y alcance pueden experimentar notables alteraciones con el decurso del tiempo y los cambios sufridos por las condiciones estructurales de la organización de la vida social y del propio sistema jurídico al que pertenecen [17]. De ahí que el intérprete haya de

---

cativos. La validez de las normas jurídicas, su razón de ser, su alcance y su sentido, vienen determinados, no sólo ni principalmente por los factores que intervienen en el momento de su promulgación, sino también y sobre todo por los condicionamientos de su actual incardinación en un ordenamiento jurídico vigente. De ahí que sea imprescindible conocer las líneas orientadoras básicas de un Derecho para poder determinar el sentido correcto de una cualquiera de sus normas. Y esto supone una amplia labor de interpretación.

[16] Tales actividades, en sí diversas, no son, tal como suele pensarse habitualmente, independientes. No es correcto afirmar que *primeramente* se determina la norma aplicable y que luego, como *en segundo lugar,* se constatan los hechos y se les califica jurídicamente. Hay una recíproca interrelación, simultánea e indisoluble, entre ambas operaciones. No se puede determinar la norma aplicable a un supuesto, si no se tiene ya en alguna forma la calificación jurídica de tal supuesto. Y no se puede calificar jurídicamente un supuesto, si no se sabe ya de alguna forma cuáles son las normas jurídicas aplicables.

[17] Se confirma, pues, el sentido constitutivamente problemático de toda interpretación jurídica. Es cierto que la interpretación está predeterminada por la realidad objetiva de las normas y de los hechos. Pero, en cuanto que es también expresión o resultado de una actividad libre y creadora del intérprete, queda sometida a la presión de múltiples circunstancias o condicionamientos de tipo cultural y personal, comportando una buena dosis de indeterminación. Este punto de vista relativizante se confirma más aún si se tiene en cuenta que el plan o proyecto normativo plasmado en las reglas o normas generales de Derecho es de naturaleza eminentemente flexible y elástica, tanto por su vinculación y dependencia respecto del sistema de valores subyacentes, como por su orientación a una realidad que, cual la vida social, es en sí misma fluida y cambiante.

tener siempre presente que las normas jurídicas no son juicios o proposiciones de naturaleza científica (de los que puede hablarse en términos de verdad o falsedad), sino enunciados prescriptivos que están destinados a producir unos determinados efectos en la vida social y que, en consecuencia, han de ser analizados atendiendo a criterios de justicia, de adecuación al fin y de correspondencia entre la situación típica a la que se refiere cada norma y la situación real en la que va a aplicarse [18].

La interpretación es, pues, una actividad que está sometida siempre a diversos factores de indeterminación. Y este condicionamiento ha terminado por manifestarse de forma resonante, como no podía ser menos, en las diversas y contrapuestas teorías o doctrinas acerca de la interpretación y en la larga disputa en torno a los diversos métodos interpretativos, aspecto que va a ser analizado con detalle en el apartado siguiente.

III. Principales teorías acerca de la interpretación de las disposiciones jurídicas

Parece claro que la interpretación es uno de los elementos constitutivos básicos del proceso de realización del Derecho. Y, probablemente por eso, este tema ha llegado a constituirse en uno de los problemas más conflictivos de la teoría jurídica, hasta el punto de que todo en él parece discutible: el alcance de la interpretación, su carácter, su fundamento, su método más adecuado y hasta su propia existencia. Han surgido, en consecuencia, múltiples y contrapuestas doctrinas sobre la interpretación jurídica, con el intento de fijar en forma precisa y definitiva el contenido o significado correcto de esta actividad [19]. Pero, como se verá, esas doctrinas

[18] El debate doctrinal sobre el carácter prescriptivo o descriptivo de las normas jurídicas (aludido ya al hablar de la «imperatividad» del Derecho en la **Lección VII**) será explicado, en sus líneas maestras, dentro de la **Lección XII.**

[19] Es necesario tener en cuenta, sin embargo, que estas diversas doctrinas o teorías vienen predeterminadas en su enfoque por la peculiar concepción del Derecho (es decir, de su objeto interpretable) de la que parten y a cuya defensa, en consecuencia, tienden, por lo que su validez o fuerza será, por lo menos en principio, relativa y parcial. Como ha señalado a este respecto M. Reale, «díme tú qué especie de realidad te parece ser el Derecho y te diré yo cuál es tu teoría sobre la interpretación». De ahí que muchos autores hayan comenzado a poner de relieve con toda energía el hecho de que, con mucha frecuencia, las teorías sobre la interpretación presentan una dimensión o enfoque predominantemente directivo o ideológico, en el sentido de que pretenden establecer o prescribir cómo debe ser interpretado el Derecho, en vez de limitarse a explicar o describir cómo se desarrolla en la práctica la interpretación jurídica. Y, en la medida en que tales teorías interpretativas están fundadas en consideraciones pragmáticas acerca de unas posibles ventajas o desventajas sociales, apreciadas en referencia a ciertas ideas o valores presupuestos, equivalen a iniciativas o sugerencias de política jurídica dirigidas a los jueces, pero carecen de valor para comprender el real funcionamiento del Derecho positivo y para conocer el efectivo proceso genético de las decisiones judiciales.

no llegan a despejar las nubes que oscurecen el horizonte del viejo problema de la interpretación.

Por otra parte, tampoco es posible examinar todas las teorías que han conseguido un cierto relieve histórico. Y, por consiguiente, la referencia que sigue se ceñirá a aquellas manifestaciones que han producido un impacto mayor en el campo de la elaboración doctrinal. Ahora bien, esa referencia será también sistematizada, en cuanto que se desarrolla en relación directa e inmediata con los principales criterios clasificatorios que pueden ser utilizados. De otro modo, la relación o enumeración resultante sería difícilmente inteligible.

En relación con la importancia o funcionalidad que se atribuye a la interpretación dentro del proceso de realización del Derecho, pueden señalarse tres actitudes o teorías características a lo largo de la historia. Según una de ellas, la interpretación sería una actividad innecesaria, peligrosa y perniciosa para el Derecho. Esta es la tesis de los defensores a ultranza de la certeza jurídica y de la supremacía de la ley, como HOBBES, BECCARIA o MONTESQUIEU, y de quienes, como los iluministas o el positivismo legalista, piensan que el Derecho se reduce a la ley y que ésta es una regulación completa y perfecta [20]. Para otros muchos autores, en cambio, la interpretación es un elemento del Derecho positivo que resulta a veces imprescindible para su propia aplicación y eficacia. Esta doctrina reconoce que, con relativa frecuencia, los textos legales registran una cierta oscuridad, un cierto silencio o una cierta insuficiencia en relación con los casos que se someten a los jueces. En tales supuestos, se hace inevitable la intervención de algún tipo de actividad interpretativa [21]. Y, finalmente, hay también una corriente que ve la actividad interpretativa como núcleo constitutivo central de la realidad jurídica. Según este enfoque, todo el ciclo vital del Derecho constituye un continuo proceso de interpretación. Es la tesis de quienes entienden el Derecho como una sistemática construcción jerárquica y derivativa y de quienes lo explican dentro de una visión hermenéutica totalizante.

Tomando como punto de referencia las posibilidades que se le ofrecen a la iniciativa del intérprete, pueden ser identificados dos tipos básicos de teorías sobre la interpretación jurídica: las **interpretaciones cerradas** o ligadas y las **interpretaciones abiertas** o libres. Las primeras se caracterizan por defender una estrecha subordinación al sentido inmediato de las leyes, limitando las

[20] Según MONTESQUIEU, «es de esencia de la constitución de la república el que los jueces se atengan rigurosamente a la letra de la ley. No se puede buscar interpretaciones de la ley, cuando se trata del honor, de la vida o de los bienes de un ciudadano».

[21] Parece claro que ésta ha de ser la tesis de partida de todas la múltiples construcciones científicas orientadas al descubrimiento del método de interpretación más correcto.

posibilidades de ampliación o integración de ese sentido a los simples nexos gramaticales o sistemáticos que derivan directamente de las propias palabras de las normas [22]. Por el contrario, las teorías interpretativas abiertas conceden más importancia a la realidad integral del Derecho, a su función específica de regulación de la vida social y a la justicia que a las leyes. Sostienen, en consecuencia, que la interpretación de la ley se abre a procesos integradores que sobrepasan los estrechos límites literales de los textos, haciendo posible la incorporación de sentidos extensivos y permaneciendo constantemente abierta a los problemas y las tendencias del momento histórico.

Si se considera el aspecto al que atiende primordialmente la actividad interpretativa, pueden distinguirse dos teorías: la **subjetiva** y la **objetiva**. La teoría «subjetiva» considera que el sentido genuino o verdadero de la norma es aquel que inspiró al autor de la ley y que, en consecuencia, la meta de la interpretación es el descubrimiento de la significación o sentido que dio a la ley la voluntad histórico-psicológica del legislador. En cambio, la teoría «objetiva» piensa que el destino de la interpretación jurídica es la averiguación del sentido normativo inherente a la propia ley, dado que las leyes, una vez promulgadas por el legislador, se desvinculan de su voluntad creadora y adquieren una existencia y una operatividad independientes del proceso legislador.

Atendiendo al alcance o eficacia de la interpretación, puede hablarse de teorías que defienden el carácter propiamente **reproductivo** y de teorías que afirman el carácter **productivo** o creador [23]. Las primeras ven la interpretación como un simple proceso cognoscitivo realista, como un proceso receptor o reproductor del significado normativo que la propia ley realiza y manifiesta sin salirse de los límites de su existencia histórica [24]. Por el contrario, las teorías que ven la interpretación como una actividad productiva o creadora afirman que, si bien la ley es el elemento básico de la interpretación, es sólo el punto de partida, puesto que en ella no se contiene siempre una regla clara y precisa para cualquier caso que surja y que requiera una decisión. Es el intérprete el que hace aparecer el sentido adecuado de la norma para cada caso, no sólo a través de múltiples y complejas consideraciones teoréticas, sino también mediante un enjuiciamiento ponderativo y valorativo.

---

[22] Esta convicción se vincula evidentemente a una visión voluntarista y autoritaria del Derecho, así como a la tendencia a fosilizar el Derecho dentro de los textos legales vigentes.

[23] La contraposición que ha hecho C. PERELMAN entre interpretación *estática* y *dinámica* coincide básicamente con ésta.

[24] El intérprete sería, según estas teorías, un mero testigo o fedatario del sentido de unas leyes que, a su vez, son la expresión auténtica y casi exclusiva del Derecho.

Por eso, su actividad debe ser calificada como una función propia y verdaderamente creadora.

Fijándose en el carácter del proceso cognoscitivo en que se realiza la interpretación, pueden distinguirse la teoría interpretativa **lógico-silogística** y la teoría interpretativa **racional-valorativa**. Según la primera, la interpretación es un simple proceso cognoscitivo de inferencia lógico-formal mediante el que el intérprete proyecta el significado abstracto de las leyes o normas generales sobre los hechos jurídicos concretos para deducir en forma automática la decisión o fallo aplicable. Para la segunda, la interpretación constituye más bien una actividad compleja en la que el proceso cognoscitivo se desarrolla a través de constantes apreciaciones y juicios valorativos sobre el sentido de las normas generales y su función, sobre el alcance y las implicaciones de los hechos, sobre la actitud y situación de los sujetos afectados, sobre las posibles repercusiones de una u otra calificación jurídica, sobre las consecuencias y efectos del fallo, etc.

Todas estas teorías recogen actitudes diversas frente a la problemática planteada por la interpretación jurídica. Como puede comprobarse, no todas ellas responden a una misma pregunta, por lo que tampoco podrán ser valoradas desde un mismo punto de vista. Pero, a través de ellas, se refleja fielmente el haz de problemas básicos que plantea la interpretación del Derecho: ¿qué papel juega la interpretación en la vida del Derecho?, ¿con qué posibilidades cuenta la iniciativa del intérprete?, ¿cuál es el aspecto decisivo para la determinación del sentido de las normas?, ¿hasta dónde llega la eficacia de la interpretación? o ¿cómo procede el intérprete en su actividad?

IV. Las reglas de la interpretación

A veces, por *reglas de interpretación*, se ha entendido los principios jurídicos que (procediendo en su mayoría del Derecho romano y habiendo sido recogidos posteriormente en brocardos de latín vulgar) han sobrevivido como fórmulas magistrales del buen sentido jurídico de los jueces. Sin embargo, parece más razonable identificarlas con las directrices o criterios metodológicos que pueden ayudar al intérprete a encontrar el sentido regulativo más propio de las normas que han de ser aplicadas en cada caso. En este sentido, las *reglas de la interpretación* coinciden con los «métodos interpretativos», por lo que la referencia a éstos agota casi totalmente las cuestiones relevantes del tema [25]. Por otra parte, será inevitable limitar el análisis a aque-

[25] Es sabido que la progresiva aparición de los diversos «métodos» de interpretación jurídica ha sido el resultado de una continua convergencia entre las necesidades y tensiones planteadas por la

llas tesis metodológicas que la mayoritaria coincidencia de los especialistas ha venido a revelar como las más destacables y representativas.

1. Principales reglas o métodos de interpretación

Método literal. Según la regla de la interpretación literal, la actividad del intérprete ha de atenerse al significado inmediato de las palabras en que vienen expresadas las normas, a su significado gramatical, al sentido que dichas palabras tienen en el lenguaje común. Lo que la ley literalmente dice es lo que debe ser estrictamente cumplido; lo que la ley no dice en su estricta literalidad no puede suponerse incluido en ella, ni inducirse de ella [26].

Método subjetivo o histórico [o genético]. Dando por supuesto que la ley es ante todo un mandato de quien la promulgó, los partidarios de esta regla afirmaban que el intérprete ha de colocarse en cierta medida en la posición del legislador originario, asumiendo todas sus ideas y proyectos e intentando saber cuáles fueron los propósitos concretos que el legislador tuvo a la vista y cuál fue el espíritu que presidió la redacción de la ley [27].

---

práctica jurídica diaria y el largo esfuerzo doctrinal por encontrar una respuesta satisfactoria al reto de saber qué es o dónde está el Derecho que ha de ser aplicado al caso concreto y cuál es el mejor camino para descubrirlo. En esa medida, la discusión acerca de los métodos presenta una dimensión política innegable y está sometida al factor relativizador del inevitable condicionamiento histórico. Cada uno de los métodos responde a las peculiares necesidades, características y posibilidades de alguna determinada etapa de la historia del Derecho o de alguna particular tendencia de la ciencia jurídica, de tal modo que su propia validez queda vinculada a la persistencia de las circunstancias y condiciones políticas y teóricas en que apareció.

[26] Se trata, pues, de una actitud de total y absoluto respeto y sumisión ante la letra de la ley, una actitud que parece encerrar un cierto sentimiento mágico o, cuando menos, una mentalidad profundamente autoritaria. Pero este punto de vista olvida que, en realidad, las palabras e incluso las frases tienen casi siempre más de un sentido en el lenguaje habitual (por lo que se hace necesario recurrir a las pertinentes conexiones de sentido para poder superar esa su originaria polisemia) y que, en definitiva, lo que importa es el espíritu que anima a la ley, espíritu que ha de ser encontrado, no sólo a través de la letra de la ley, sino incluso más allá de ella.

Como puede apreciarse, esta doctrina que, en realidad, no propugna un determinado método de interpretación, sino más bien la no-interpretación, corresponde a un estadio primitivo del Derecho. Su superación se produjo ya en los albores mismos de nuestra cultura jurídica, aunque hayan podido registrarse aislados intentos posteriores de rehabilitación.

[27] Es claro que la búsqueda de la voluntad real que guió la creación de la ley contribuye a una mejor realización de los designios de quien la dictó, por lo que la interpretación subjetiva o histórica encaja muy bien en los postulados de un Estado absoluto o totalitario. El intérprete, como fiel y sumiso servidor de un príncipe o de un jefe, debe tratar de averiguar qué es exactamente lo que éste ha querido. Sin embargo, el contenido normativo del Derecho no queda nunca congelado dentro de los límites que tenía cuando los preceptos jurídicos fueron creados; junto al sentido originario y por encima de él, está el sentido actual de las normas. El tiempo se ha encargado de demostrar con suficiente claridad hasta qué punto es una ficción jurídica insostenible la identificación del sentido normativo de una ley con la voluntad normativa de su creador.

Método lógico o de conceptos. Los defensores de esta regla o criterio interpretativo parten del supuesto de la existencia de un sistema de conexiones lógicas o conceptuales entre las diferentes normas o proposiciones jurídicas y propugnan la aplicación de un método lógico-deductivo que haga posible obtener, a través de esas conexiones sistemáticas, unas conclusiones adecuadas a cada caso planteado [28].

Método objetivo [o funcional]. La regla de la interpretación objetiva obliga a perseguir el sentido o significado que radica en la propia ley, en sus ideas y en las consecuencias por ella implicadas. El intérprete ha de buscar la voluntad objetiva inmanente a la propia ley, en base al supuesto de que la acción del legislador posee la virtualidad de dotar a sus creaciones de un sentido más profundo y de más largo alcance que el que él mismo pensó [29].

Método libre. Los defensores de la libre interpretación del Derecho afirman que cualquier litigio jurídico representa un problema peculiar para el que no se encuentra todavía disponible en la ley la disposición específica aplicable. Por otra parte, no es posible tampoco inferir esa disposición de los preceptos legales con la absoluta seguridad de una conclusión lógica forzosa. En consecuencia, corre a cargo del intérprete el elegir aquella disposición jurídica que le parezca la más correcta y adecuada, puesto que su misión es buscar la decisión justa sobre el caso concreto en forma libre, por encima y al margen incluso de las disposiciones legales [30].

Método teleológico [o finalista]. Este criterio o regla parte del postulado de que el objetivo básico de la interpretación (que es la captación del significado normativo de los preceptos jurídicos) sólo se logra a través del conocimiento de los fines o metas de los propios preceptos, puesto que ta-

---

[28] Este es el critero mantenido y sistematizado por la llamada *Jurisprudencia de conceptos.* Parece, sin embargo, que este procedimiento logicista y abstracto no responde ni al modo de ser ni a la función específica del Derecho, cuyo destino radica en aportar, a través de las normas, una solución justa a problemas que no son puras abstracciones, sino necesidades vitales y concretas surgidas en el tráfico de las relaciones sociales.

[29] Se parte, pues, de la creencia en que la ley, una vez promulgada y en vigor, llega a ser más razonable que sus mismos autores, responde de sí misma y ha de ser interpretada en base a su propia conexión de sentido. Esta conexion de sentido es la proporcionada por la propia norma en sí misma y en cuanto miembro de un sistema jurídico dado, así como por las diferentes circunstancias y por los principios jurídicos predominantes en el contexto social en el que actúa cada intérprete.

[30] Esta doctrina se basa en el principio de que, junto al Derecho legal o estatal figura, con la misma importancia, el *Derecho libre* creado por el criterio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, por la ciencia del Derecho y por la jurisprudencia. Y todos estos diversos sectores constituyen el Derecho total, la normación jurídica global de una comunidad, en que se plasma la aspiración de esa comunidad a la justicia.

les fines, no sólo son el factor que ha motivado la formulación de las leyes, sino que son también la referencia que las explica y les da sentido [31].

Método valorativo. Esta regla se asienta en el principio de que sólo es posible encontrar el sentido o significado genuino de las normas si se tiene en cuenta el sistema concreto de valores sobre los que se asientan tales normas. La tesis central ofrece, por otra parte, dos versiones básicas: la que se limita a la consideración de los valores incorporados a las propias normas y la que incluye la referencia a los valores informantes del sistema social dado. Según la primera actitud, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas no pueden reducirse a una simple subsunción o proyección mecánica del caso planteado según las características generales y abstractas recogidas en el supuesto legal, sino que ha de realizarse a través de la ponderación de las ideas, principios y objetivos que informan el texto legal. Según la segunda actitud, hay criterios de valoración, que son reconocidos de forma predominante en una determinada época o en una determinada comunidad o área cultural y que encuentran su expresión en las normas consuetudinarias, en la ética social, en las instituciones, en las formas comunes de vida, etc. Y esos valores o principios, no recogidos con frecuencia por las leyes, son precisamente los que permiten llegar a la interpretación correcta de las normas [32].

2. Valoración global

Evidentemente, estos diversos métodos de interpretación a los que se ha hecho referencia son las manifestaciones más significadas (aunque, como se ha indicado, no las únicas) de la respuesta que la doctrina jurídica ha ido dando al complejo problema de la interpretación del Derecho. Pero son también respuestas que, no obstante su pretensión original, no dejan de ser parciales e insuficientes. Ahora bien, la tarea de interpretar el Derecho es una actividad compleja y unitaria que no puede hallar solución en simples enfoques sectoriales. Por eso, el intérprete tendrá que utilizar a menudo, no éste o el otro método preestablecido, sino todos aquellos que más contribuyan al descubrimiento de la solución adecuada.

En este sentido, los tradicionales métodos de interpretación pierden

[31] Para la identificación de esos fines no puede tomarse en cuenta únicamente el proyecto o voluntad de su autor, sino que deberá considerarse también la funcionalidad que las normas desempeñan en la vida social dentro del marco general del sistema jurídico vigente en el que se integran. Este método se configura, por tanto, como una interpretación característicamente «pragmática», puesto que quiere atender sobre todo a la virtualidad práctica que las leyes tienen en cuanto normación de las relaciones sociales y ordenación de la convivencia.

[32] Dentro de esta segunda visión de la interpretación valorativa debe citarse a la tendencia del uso alternativo del derecho o *jurisprudencia alternativa.* Esta doctrina ha propugnado la necesidad de hacer intervenir en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho los criterios valorativos de contenido económico-político, a fin de que puedan ser aprovechadas todas las posibilidades que ofrece el sistema jurídico vigente para la liberación de la clase trabajadora.

su pretendida importancia y su protagonismo de sistemas autónomos, autosuficientes y exclusivos para convertirse en simples instrumentos auxiliares de los que el intérprete puede y tiene que hacer uso en la medida en que le sean útiles para desempeñar su función específica. El sentido gramatical, el significado histórico dimanante de la voluntad del legislador, la conexión lógico-sistemática, los fines de la norma, los valores incorporados por el ordenamiento jurídico o los valores todavía no incorporados que están vigentes ya en el sistema social de referencia son, por tanto, medios o criterios que pueden ayudar, con mayor o menor incidencia respectiva según los casos, a acceder a la adecuada solución jurídica del caso planteado, es decir, a la identificación de la norma particularmente ajustada a la relación o situación social dada y a la determinación del sentido jurídico de las normas y de los hechos que intervienen en esa situación. Así pues, tal como han puesto de relieve las doctrinas actuales, los tradicionales métodos de interpretación no son caminos separados y excluyentes; su sentido es actuar como criterios o instrumentos complementarios que han de ser utilizados al mismo tiempo en el complejo proceso de la interpretación jurídica. Desde este punto de vista, la pregunta por el método correcto de interpretación jurídica aparece en buena medida como un falso problema.

Por otra parte, es claro que la funcionalidad concreta y el peso que tenga cada uno de los varios criterios interpretativos dependerá fundamentalmente del carácter o naturaleza de las normas jurídicas que van a ser interpretadas, puesto que no se puede olvidar que, según cuál sea el sector del ordenamiento que se trata de interpretar, predominarán unos u otros criterios y será de un tipo o de otro la interpretación que se lleve a cabo. Por eso, debe tenerse en cuenta que la aplicación de uno u otro criterio interpretativo a cada una de las parcelas del ordenamiento jurídico no es un problema totalmente intrascendente, puesto que no todos los medios de interpretación son igualmente adecuados para todos los supuestos. En este punto, se ha llegado incluso a planteamientos radicalmente contrapuestos a los que se venían haciendo hasta no hace mucho [33].

---

[33] Como es sabido, cuando W. WILHELM estudia la metodología jurídica alemana del siglo XIX, no duda en considerar que la elaboración metódica llevada a cabo por la Escuela del Derecho Público fue una trasposición a esta esfera de los principios acuñados por SAVIGNY para la interpretación del Derecho Privado. Sin embargo, en la actualidad, la mayor parte de la doctrina propugna una especie de inversión de sentido, al postular el principio de la *interpretación conforme a la Constitución* (principio especialmente destacado en nuestros días por K. HESSE y F. MUELLER), afirmando que ha de ser precisamente la Constitución, a través de sus principios y valores fundamentales, la que está llamada a actuar como parámetro básico para la interpretación de todo el Derecho.

Estas nuevas doctrinas de la interpretación jurídica parecen implicar el debilitamiento y relativización de la distinción entre la *Política Jurídica* y la *Jurisprudencia* (distinción que se analiza en la **Lección XVI**), puesto que exigen a la interpretación que se da en el proceso de aplicación del Derecho el recurso a los principios y valores que deben determinar al legislador cuando crea ese Derecho. Y, de ese modo, el conocimiento práctico jurisprudencial reasumiría también los problemas, intereses, tensiones y orientaciones típicos del conocimiento que se desarrolla propiamente en el ámbito de la *Política Jurídica*, poniendo de manifiesto el carácter esencialmente problemático y prudencial, es decir, *político*, de todo el conocimiento jurídico práctico.

LECCION XI

EL CONTENIDO DE LA REGULACION JURIDICA

I. El ámbito de la conducta humana social

En la actualidad, se afirma generalmente que el contenido propio de la regulación jurídica está constituido siempre por las actuaciones o comportamientos que los hombres realizan en el seno de la vida social en relación con las actuaciones o comportamientos de otros hombres. Sin embargo, esta doctrina general requiere ser matizada, no sólo porque choca con ciertos planteamientos antiguos [1], sino también porque hay ocasiones en que todas las aperiencias apuntan hacia la opinión de que el Derecho regula también la relación del hombre con los animales o las cosas e, incluso, la posición jurídica o los «derechos» de esas cosas o animales [2]. En efecto, a menudo la presencia o el papel de los objetos en las normas jurídicas es tan importante que se produce la impresión de que el Derecho está regulando la relación que esos objetos tienen entre sí o con el hombre. Pero, parece que ha de entenderse que, en estos casos como en la mayoría de los demás, los objetos son únicamente el motivo u ocasión determinan-

[1] En los Derechos primitivos, los animales y los objetos inanimados eran considerados también sujetos de la regulación jurídica. Así, la legislación mosaica contenía una norma en la que se establecía que al buey que causara la muerte de un hombre o de una mujer se le condenaba a morir lapidado. Nos consta asimismo, a través del testimonio de Platón, Aristóteles o Jenofonte, una vieja costumbre jurídica de la Atenas primitiva que mantenía un tribunal encargado especialmente de juzgar a las lanzas o a las piedras por causa de las cuales había muerto un hombre, cuando se trataba de una acción no intencionada de otro hombre. Y en la Edad Media se procesaba también a algunos animales que causaran daño, por ejemplo, al toro que mataba a un hombre o a las langostas cuando arrasaban las cosechas.

[2] Eso parece ocurrir en la regulación de la caza y la pesca, en las leyes de protección del medio ambiente natural, en las normas que definen la pertenencia de lo edificado, plantado o sembrado o de las tierras y árboles arrastrados por los ríos, etc.

te de la peculiar relación en que está un sujeto jurídico con otro u otros sujetos jurídicos.

Por otra parte, hay que precisar que, si bien el contenido propio de la regulación jurídica está integrado siempre y sólo por la conducta humana social, no todas las actuaciones o comportamientos sociales de los hombres son contenido de la regulación jurídica; hay muchas conductas relativas a otros sujetos que no están reguladas directamente por el Derecho. Y, en esa medida, parece necesario determinar cuáles son las conductas reguladas/regulables y cuáles no. Ahora bien, esto sólo puede hacerse de una forma muy genérica y a título meramente orientativo.

No es posible establecer *a priori* una frontera que separe de una vez por todas las conductas sociales que entran dentro del ámbito del Derecho y las que éste deja fuera de su regulación, ya que, a lo largo de la historia, las normas jurídicas han dejado de ocuparse de conductas que antes regulaban minuciosamente o han comenzado a regular otras de las que antes no se ocupaban [3]. Lo único que se puede hacer es identificar el criterio o línea de actuación seguida por el Derecho en la selección de las conductas sociales sometidas a regulación. Ese criterio parece haber sido el de ocuparse de aquellos comportamientos considerados por cada sociedad como especialmente decisivos o importantes para su propia supervivencia y para el desarrollo ordenado y pacífico de las relaciones sociales [4].

Ahora bien, la proyección de la regulación jurídica sobre determinadas conductas sociales afecta también a muchos de los elementos que están presentes en el nacimiento y desarrollo de esa conducta, por lo que el contenido de la regulación está integrado habitualmente, tanto por los *actos* o comportamientos como por los *hechos* implicados en ellos.

II. Hechos y actos jurídicos

El estudio de los hechos y de los actos ha sido, pues, el camino seguido por la doctrina durante largos siglos para acceder al conocimiento del contenido o materia regulada por el Derecho y para comprender la estructura y el funcionamiento de la normatividad jurídica.

---

[3] Por ejemplo, ya no se regula la emancipación de los esclavos o las ordalías, pero se ha hecho necesario regular la circulación viaria, la utilización del espacio aéreo, los canales de comunicación radiada y televisada o la explotación de los fondos marinos.

[4] Ya se vió en la **Lección IX** que, según algunas doctrinas, la regulación jurídica ocupa de una u otra forma todo el espacio interactivo de la vida social.

1. Los hechos jurídicos

El *hecho jurídico* constituye, según lo entiende la teoría del Derecho, algo así como el elemento último de la vida jurídica, es decir, el elemento más simple en que se puede descomponer la materia que el Derecho regula. En ese sentido, puede ser definido diciendo que es todo hecho, acontecimiento o conducta que tiene significación jurídica, es decir, que produce efectos jurídicos [5], de tal modo que origina, transforma o pone fin a alguna relación o situación jurídica. Pero este es el sentido amplio del concepto.

En su sentido estricto o más propio, los «hechos» jurídicos, en cuanto distintos de los «actos» jurídicos, son fenómenos o acontecimientos naturales cuya existencia se da al margen de la decisión de los sujetos jurídicos; son hechos que «suceden» u «ocurren» [6]. Y tales hechos son *jurídicos* en la medida en que están incorporados a algún esquema o estructura de normatividad jurídica; cuando no lo están, siguen siendo hechos estrictamente naturales.

La caída de un árbol, la tormenta de granizo o el simple paso del tiempo son hechos completamente naturales que, en la mayoría de los casos, no llegan a ser hechos jurídicos. Sin embargo, cuando el árbol que cae causa algún daño en los bienes o en la persona de un sujeto distinto del dueño, esa caída se convierte en hecho jurídico, no tanto por haber producido un daño a terceros, sino porque las normas jurídicas han regulado esa situación como desencadenante de responsabilidad jurídica para el dueño del árbol. Y, si la tormenta de granizo arrasa la cosecha de un agricultor que tenía contratado el correspondiente seguro contra ese riesgo, entonces se convierte también en hecho jurídico. Del mismo modo, con frecuencia el paso del tiempo hace que nazcan derechos y obligaciones, o que se extingan; y, de ese modo, el simple paso del tiempo se constituye en un hecho jurídico importante [7].

---

[5] Naturalmente, el que un hecho sea jurídico o no depende de que las normas jurídicas lo recojan y lo regulen como tal. Sin embargo, es obvio que la normatividad jurídica no puede actuar con absoluta arbitrariedad a la hora de seleccionar los hechos de la vida social a los que asignar efectos jurídicos, sino que tendrá que atenerse al protagonismo que corresponde a esos hechos en el mantenimiento y desarrollo ordenados de la vida social.

[6] En consecuencia, los llamados tradicionalmente **actos del hombre**, es decir, aquellas conductas o actuaciones humanas que se producen al margen de su voluntad, ya sea porque son inconscientes (es decir, sin que intervenga la deliberación racional), ya sea porque el sujeto las realiza en forma mecánica (en cuanto que está dirigido por una fuerza exterior que se le impone), han de ser calificados también como simples hechos jurídicos. Como se recordará, la distinción escolástica entre «acto del hombre» y «acto humano» se basaba en la presencia o ausencia de las dos potencias que caracterizan la *humanitas*: razón y voluntad. Son *actos humanos* aquellos que son realizados conscientemente y con voluntad libre; son meros *actos del hombre* aquellos en cuya realización no interviene la consciencia o la voluntad libre.

[7] La implicación jurídica de sucesos tan naturales en la mayoría de los casos como el nacimiento o la muerte es manifiesta. El nacimiento o la muerte de un ser humano son hechos biológicos que implican inmediatamente determinados efectos o consecuencias jurídicas. Producido el nacimiento de un niño, se reconoce la existencia de una persona jurídica que, consecuentemente, será sujeto de derechos y de deberes (aunque no pueda ejercerlos o cumplirlos por sí mismo). Produci-

2. Los actos jurídicos

Para la vida del Derecho, los hechos que tienen un protagonismo más acentuado y constante son aquellos que se producen por la intervención voluntaria de los hombres, es decir, las acciones o *actos jurídicos*[8]. En ellos, como en todo acto verdaderamente humano, es imprescindible que haya un mínimo de consciencia y de libre decisión de la voluntad. Si falta alguno de estos elementos, no habrá acto jurídico, porque no habrá tampoco acto humano. Así, la acción del hipnotizado o del loco furioso no es un acto jurídicamente relevante. Y la acción de alguien que es obligado físicamente a hacerla (aunque tenga plena consciencia de ella) no tiene tampoco relevancia jurídica. Pero, además, para que se dé un acto jurídico en sentido propio, es necesario también que la intervención del sujeto sea jurídicamente activa (puede manifestarse en un «hacer» o en un «no-hacer») y que consista en una conducta externa, ya que no será acto jurídico una mera intención que no llega a realizarse externamente ni una participación de receptor meramente pasivo.

Por otra parte, como puede suponerse, los actos jurídicos son numerosos y de múltiples especies, de modo que su enumeración ha dado pie a la doctrina especializada para desarrollar amplias y complejas clasificaciones, cuya simple repetición nos conduciría a una exposición excesivamente larga. Por eso, procede limitar la referencia a aquellas manifestaciones que pueden contribuir de una manera más directa a la clarificación del concepto de los actos jurídicos y del protagonismo que les corresponde en el ámbito de la materia o contenido de la regulación jurídica.

Una de las clasificaciones más habituales de los actos jurídicos es la que distingue entre actos *válidos*, actos *nulos*, actos *anulables* y actos *inexistentes*. Los primeros son los actos jurídicos normales, es decir, los que se ajustan a las exigencias prefijadas en las normas que los regulan (al menos, a las imprescindibles) y que, en consecuencia, producen los efectos jurídicos que tales normas tienen asimismo previstos. Los segundos son aquellos que adolecen de una carencia radical y absoluta de validez por incumplir alguno de los requisitos esenciales establecidos por el ordenamiento; no han existido en ningún momento como verdaderos actos jurídicos. Son, en cambio, *anulables* aquellos que, sin ser radicalmente nulos, tienen una validez viciada por el incumplimiento de alguna exigencia no esencial, de modo que pueden ser

---

da la muerte, no sólo se extingue la personalidad jurídica surgida con el nacimiento, sino que quedan extinguidos también todos los derechos y deberes de carácter personal que estaban como prendidos o adheridos a ella.

[8] Dentro del Derecho, el término «acto» tiene una extensión mucho más amplia que la que le corresponde en el ámbito de la teoría psicológica de la conducta, de modo que lo normal es que un *acto* jurídico incluya múltiples **actos** psicológicos.

considerados y declarados nulos, si no se subsana el vicio que les afecta. Es decir, son actos jurídicos sólo en apariencia y, consecuentemente, contienen la posibilidad de que alguien exija que ese hecho se ponga de manifiesto. Finalmente, han de ser calificados como actos jurídicos *inexistentes* aquellos que no se han producido nunca como tales actos jurídicos [9].

Está también extendida la distinción entre actos *lícitos* y actos *ilícitos*, según que sean conformes o contrarios a la línea de actuación prescrita en el Derecho [10]. Ambos tipos son igualmente jurídicos, en cuanto que están inscritos en el ámbito de la normatividad jurídica y forman parte de ella, si bien de manera contrapuesta y con desigual importancia [11]. Aunque (tal como se verá en la **Lección** siguiente) algunos autores opinan lo contrario, los actos jurídicos lícitos ocupan la zona más amplia e importante de todos los ordenamientos jurídicos, por lo que su conocimiento detallado tiene siempre un gran interés.

Dentro del campo de los actos lícitos puede y suele ser desarrollada, a su vez, la distinción entre los *actos jurídicos simples* y los *negocios jurídicos*. Éstos (que son sin duda una de las categorías centrales de la teoría jurídica, especialmente en el ámbito de la ciencia del Derecho privado) se caracterizan porque el efecto que les asigna el Derecho coincide totalmente con la finalidad perseguida por los sujetos que intervienen en su realización [12]. En los primeros, en cambio, puede haber divergencia entre uno y otra [13]. Por otra parte, en el nego-

---

[9] No es extraño que, a veces, se afirme la identidad de los actos jurídicos inexistentes y los actos jurídicos nulos, puesto que éstos son también jurídicamente inexistentes. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que un acto jurídico nulo (por ejemplo, un contrato de compraventa) ha llegado a existir en el mundo jurídico en toda su apariencia, si bien está jurídicamente vacío por estar afectado de un vicio radical. En cambio, en el supuesto de un acto jurídico inexistente de compraventa, lo que ocurre es que ni siquiera se han producido los elementos mínimos necesarios para que pueda hablarse de compraventa.

[10] A pesar de que es una práctica bastante generalizada, no parece aconsejable establecer como característica definitoria de los actos lícitos y de los actos ilícitos el hecho de la consonancia o disonancia del efecto jurídico producido por el acto con el efecto querido o perseguido por el autor del mismo. Este dato es jurídicamente irrelevante, puesto que la licitud o ilicitud de una conducta ha de determinarse en todo caso a través del contraste con las respectivas normas reguladoras.

[11] En todos los ordenamientos jurídicos hay un sector, el Derecho penal, en el que se regulan sistemáticamente las situaciones producidas por los actos ilícitos, si bien ese sector no agote todos los posibles supuestos de actuaciones ilícitas.

Ha de tenerse en cuenta asimismo que, según han afirmado varios autores (por ejemplo KELSEN), es totalmente inadmisible la tradicional identificación de lo jurídico con lo lícito, puesto que el acto jurídicamente ilícito, no sólo no es antijurídico (= contrario a Derecho), sino que es precisamente el elemento básico de la juridicidad, ya que, dentro de la estructura de la norma, es la condición para que se dé el elemento característico de la misma, que es la sanción.

[12] Algunos autores (por ejemplo, A. FERNÁNDEZ-GALIANO) incluyen los negocios jurídicos, no entre los actos jurídicos lícitos, sino dentro del campo de las relaciones jurídicas que surgen de actos jurídicos lícitos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la doctrina ha desarrollado una amplia teoría del negocio jurídico en torno a varias cuestiones consideradas básicas, tales como los *elementos* (esenciales, naturales o accidentales), la *estructura*, los *tipos* o clases y el *ámbito jurídico* de aplicación.

[13] Así, cuando un acreedor dirige un requerimiento de pago a un deudor, lo que pretende es

cio jurídico el contenido es resultado directo de la voluntad manifestada o exteriorizada, dependiendo sólo indirectamente de la regulación jurídica, de tal modo que el negocio se constituye desde el momento en que haya una manifestación de voluntad por parte de quien esté legitimado para hacerla. Puede concluirse, por tanto, con M. REALE que el negocio jurídico es el acto jurídico por el cual una o más personas instauran, mediante la declaración de su voluntad, una relación jurídica cuyos efectos se subordinan a la voluntad declarada, dentro de los límites permitidos por el Derecho [14].

A su vez, cabe distinguir varios tipos de negocios jurídicos. Por ejemplo, los unilaterales y los bilaterales o sinalagmáticos, los solemnes y los informales, los mortis causa y los inter vivos, los onerosos y los gratuitos, los causales y los abstractos [15].

II. La relación jurídica y la situación jurídica

Cuando la trama de las relaciones sociales —o determinado sector de esas relaciones— pasa a ser intervenida por el Derecho, se produce un fenómeno decisivo: la transformación jurídica de las relaciones sociales reguladas. A partir de ese momento, dichas relaciones van a contar con unas posibilidades y con una eficacia nuevas: la eficacia jurídica; todos sus elementos (sujetos, contenido, alcance, fuerza, sanción...) tendrán ya dimensión jurídica.

---

que le pague su deuda y, sin embargo, ese acto tiene el efecto objetivo de que, a partir de ese momento, el deudor tendrá que pagar, no sólo el principal de la deuda, sino también los correspondientes intereses por incurrir en «mora».

[14] Se ve, pues, que en el negocio jurídico aparecen dos rasgos que no siempre son claramente discriminados: la declaración de voluntad que instaura una situación capaz de producir efectos exteriores y la subordinación de estos efectos a las cláusulas o condiciones de la declaración. Por otra parte, el negocio jurídico se orienta a la obtención de un resultado práctico que puede estar prefigurado de antemano (caso de los negocios jurídicos típicos) o representar algo nuevo no previsto por la legislación, aunque compatible con ella (caso de los negocios jurídicos atípicos).

[15] Los primeros implican solamente una declaración de voluntad, como sucede en los casos de donación, testamento o renuncia; los segundos nacen del encuentro o correlación de dos o más voluntades exteriorizadas, como sucede en los contratos. Los negocios jurídicos *solemnes* o formales subordinan su existencia al cumplimiento de ciertas formalidades y los negocios jurídicos *informales* nacen desprovistos de todo formalismo. Los negocios jurídicos *mortis causa*, a diferencia de la mayoría de los negocios jurídicos (que afectan a relaciones jurídicas entre sujetos sociales vivos), sólo producen efectos después de la muerte del sujeto que manifiesta su voluntad. Los *onerosos* incluyen una contrapartida o carga (caso de la compraventa) y los *gratuitos* excluyen cualquier tipo de contrapartida (caso de la donación). En los negocios jurídicos *causales* es esencial la determinación del fin práctico (causa) en cuya virtud se concluye el negocio. En los *abstractos* esa causa o fin práctico es totalmente secundaria, prevaleciendo la referencia al título (caso de la letra de cambio).

1. La relación jurídica

Ciertamente, la doctrina del carácter relacional del Derecho es bastante antigua, hasta el punto de que pueden encontrarse signos claros de esa doctrina, no sólo en el iusnaturalismo racionalista, sino también en los autores medievales y hasta en el propio Derecho romano . Sin embargo, como categoría científica, la «relación jurídica» es un concepto elaborado fundamentalmente por la teoría decimonónica [16]. En este sentido, puede decirse que fue SAVIGNY quien redescubrió esta noción y quien puso de relieve su trascendencia para la comprensión sistemática del Derecho positivo.

A) *Concepto*

SAVIGNY definió la relación jurídica como «relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña». Asimismo, afirmó que «toda relación de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma; segundo, la idea de derecho que regula esa relación. El primero puede ser considerado como el elemento material de la relación de derecho, como un simple hecho. El segundo, como el elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho». En la actualidad, se piensa generalmente que ambos elementos forman parte de la realidad de la relación jurídica, aunque la importancia que se atribuye a cada uno dependerá de la actitud asumida por cada autor [17].

Puede decirse, pues, que hay dos requisitos necesarios para que se dé

---

[16] Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, después de un largo período de olvido o abandono por parte de la doctrina (en favor de otras categorías como «derecho subjetivo», «deber jurídico», «contrato», «negocio jurídico»), en la actualidad se registra una vuelta al concepto de relación jurídica, entendiendo que este concepto es una de las nociones básicas para la explicación científica del Derecho. Según L. LEGAZ, el Derecho, no sólo regula relaciones, sino que él mismo es un complejo de relaciones, de tal modo que el concepto de relación es uno de los conceptos «puros» que pertenecen a la idea misma del Derecho. Y también A. LEVI (siguiendo inmediatamente a G. DEL VECCHIO y más en el fondo a KANT) ha visto en la relación jurídica el concepto central y fundamental del ordenamiento jurídico.

[17] Este dualismo estructural planteado por SAVIGNY fue agudizándose con el paso del tiempo, ya que la doctrina jurídica posterior no logró mantener una síntesis entre los dos elementos, sino que terminó concediendo siempre más importancia a uno que a otro. Y, así, mientras que unas tendencias primaban al elemento material (a la dimensión sociológica de la relación jurídica) y decían que ésta es ante todo una relación social cuya importancia empuja al Derecho a reconocerla y a regularla, las tendencias formalistas normativistas (para las que el Derecho es ante todo norma que se impone desde fuera a la vida social) destacaban sobre todo el elemento formal de la configuración jurídica normativa. Para ellas, la relación jurídica no es más que un reflejo de la norma.

una relación jurídica: en primer lugar, una relación intersubjetiva, un vínculo entre dos o más personas [18]; en segundo lugar, una regulación jurídica de ese vínculo, de tal suerte que éste dé lugar a determinados efectos o consecuencias jurídicas. Con frecuencia, la relación intersubjetiva es una relación social preexistente a la regulación jurídica. Así, la filiación. Pero, en ocasiones, es la propia norma jurídica la que constituye la relación, como ocurre en el caso de la relación tributaria que existe entre el contribuyente y la oficina encargada de la recaudación del tributo. En todo caso, lo que sí es cierto es que, si no hay una norma que proyecte su acción reguladora, no existirá la relación jurídica.

Ahora bien, esta asignación de protagonismo a la regulación de la normatividad jurídica no elimina la importancia básica del substrato social. Este substrato es precisamente el núcleo originario básico de la relación jurídica. Las relaciones las crean los sujetos de la vida social cuando entran en contacto con otros sujetos y se colocan en una situación de vinculación recíproca. Y el Derecho, en cuanto instrumento de ordenación y regularización de la vida social, no hace más que asumir e integrar esas relaciones en su propia regulación cuando dichas relaciones tienen relevancia para el buen funcionamiento de la sociedad. Por eso, el número de las relaciones jurídicas es muy corto en comparación con la multiplicidad y variedad de relaciones que se generan en el seno de la vida social [19]

Según lo dicho y siguiendo a L. LEGAZ, puede darse la siguiente definición de relación jurídica: un vínculo entre sujetos de Derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva [20].

---

[18] La concepción normativista del Derecho excluye este elemento y reduce la relación a su estricta dimensión jurídica, afirmando que no es una relación de la vida que esté determinada exteriormente por las normas jurídicas, sino el propio nexo que existe entre esas normas, en cuanto que establecen las condiciones de aplicación de las sanciones previstas por el ordenamiento.

[19] La causa de este fenómeno es obvia: el Derecho se ocupa únicamente de aquellas relaciones que son consideradas en cada caso como trascendentes para el orden social. Esta valoración está sometida lógicamente a cambios, pero es el criterio permanente que decide la inclusión o exclusión de las relaciones sociales en el ámbito de la normación jurídica.

[20] Según A. FERNÁNDEZ-GALIANO, la relación jurídica es la situación de mutua y recíproca vinculación entre dos o más personas regulada por una norma jurídica. originada por un hecho. ya natural, o ya producido voluntariamente, y que tiene por objeto determinadas prestaciones. Sin embargo, si bien es cierto que la relación *nace* cuando los sujetos están en una situación de mutua vinculación, no parece admisible afirmar que *es* o *consiste en* «la situación de mutua y recíproca vinculación». Más bien ha de ser identificada con el vínculo que une a los sujetos que están en esa situación.

B) *Elementos*

En la definición de la relación jurídica aparecen ya como elementos integrantes de la misma los siguientes: sujetos, hecho condicionante, vinculación correlativa, objeto o contenido y norma. Algunos (los sujetos, el objeto y la vinculación correlativa) pertenecen a la estructura misma de la relación y, en esa medida, pueden ser calificados de internos o intrínsecos. Otros (el hecho condicionante y la norma) determinan a la relación desde fuera, pudiendo ser calificados, en consecuencia, como externos.

Nos encontramos, en primer lugar, con los *sujetos* jurídicos activo-pasivos, que son siempre los protagonistas de toda relación jurídica y cuyo número puede variar, si bien es imprescindible que sean al menos dos. En cualquier caso y aunque algunos autores hayan admitido la posibilidad de que surjan relaciones jurídicas entre el hombre y los animales [21] o los seres inanimados, parece necesario proclamar que los sujetos de las relaciones jurídicas han de ser inexcusablemente personas, sean físicas o jurídicas. No es, por tanto, relación jurídica la que en apariencia se establece entre el hombre y los animales, las plantas o las cosas inertes, aunque sí lo sea el vínculo que surge entre dos o más sujetos de derecho *con ocasión de* o *en relación con* esos animales, plantas o cosas. Ahora bien, la presencia de varios sujetos, aunque éstos sean jurídicos, unidos por un vínculo relacional no es tampoco signo suficiente de que exista entre ellos una relación jurídica. Así, el simple vínculo que se establece entre los hombres por razones de compañerismo, amistad o amor no constituye sin más una relación jurídica. Y este hecho demuestra que el tipo o carácter de la relación social subyacente es también decisivo para determinar la existencia de las relaciones jurídicas.

En segundo lugar, en cualquier relación jurídica aparece siempre el *contenido* o motivo que hace que los sujetos establezcan o mantengan el vínculo recíproco que les une. Ese contenido o motivo ha sido designado tradicionalmente con el nombre de *objeto* de la relación, tal vez para indicar que él es la realidad sobre la que recae el interés de quienes han entrado en relación o quizás para sugerir que es el objetivo o finalidad que explica y justifica la existencia de esa relación. Y se ha señalado también con frecuencia que cualquier realidad externa que actúe como punto de coincidencia del interés

[21] La base de esta conclusión está en la afirmación de que el hombre tiene deberes para con los animales, lo que implicaría la existencia en éstos de unos derechos correlativos y, consecuentemente, la presencia de relaciones jurídicas. Pero parece más bien que, incluso cuando existe un verdadero deber jurídico respecto de los animales, no son éstos los titulares del derecho correlativo, sino otro sujeto individualizable o la propia comunidad social. Sin embargo, ha de reconocerse la posibilidad abstracta de que los animales sean también sujetos de relaciones jurídicas, ya que no parece existir una imposibilidad radical de que lleguen a ser también beneficiarios de personalidad jurídica.

de los sujetos que constituyen la relación (ya sean bienes materiales o *cosas*, ya sean bienes inmateriales) puede constituirse en objeto de la relación jurídica. Sin embargo, dentro de un planteamiento más riguroso y estricto, se ha insistido en que, en última instancia, sólo puede ser *objeto* de una relación jurídica el comportamiento humano social y, más en concreto, la correspondiente prestación de hacer (y de no-hacer) o de dar, que constituye el deber del sujeto pasivo y la facultad o derecho del sujeto activo.

Pero sin duda el elemento central de toda relación jurídica es el *vínculo* que une a los sujetos y que les coloca en situaciones o posiciones jurídicas correlativas. Desde el momento en que dos personas se relacionan jurídicamente, cada una de ellas ocupa una posición a la que corresponden determinados derechos o deberes, de manera que, cuando la relación atribuye un derecho a uno de los sujetos, impone a la vez al otro un deber correlativo. Este elemento del vínculo, que se muestra con toda claridad en las relaciones jurídicas de crédito, está también presente, de alguna forma, en todas las demás relaciones jurídicas. Ahora bien, no es siempre (como parece sugerir el ejemplo del crédito) un vínculo de sentido único: deber que va del deudor al acreedor y derecho que va del acreedor al deudor. Lo normal es que las relaciones jurídicas consistan en vínculos de doble reciprocidad o doble sentido, es decir, que atribuyan derechos e impongan deberes de forma simultánea a todos los sujetos de la relación [22].

Asimismo, la presencia de una relación jurídica desvela siempre la de un *hecho jurídico* que actúa como factor *condicionante* o desencadenante de su existencia, de tal suerte que, sin ese hecho, no existiría la relación. Tal hecho puede ser, como se ha señalado ya al explicar la naturaleza del *hecho jurídico*, un simple hecho natural o un acto humano voluntario. Así, el mero nacimiento de un niño determina ya la aparición de la relación materno-filial, lo mismo que el acto de contraer matrimonio da origen al nacimiento de la relación conyugal.

Finalmente, está la *norma*, que es el elemento decisivo en cuanto que es el creador de la relación jurídica en tanto que jurídica, puesto que las simples relaciones sociales, si no son normativizadas, no llegan a ser jurídicas. En esa medida, ha podido ser calificada de base o presupuesto de la relación, pero no de elemento estructural, ya que, al ser previa a la propia relación jurídica en cuanto tal, parece quedar fuera de la estructura ontológica de la misma [23]. Parece claro que, en general, las normas no crean las relacio-

[22] La relación de compraventa puede actuar como ejemplo suficientemente representativo. En efecto, comprador y vendedor tienen derechos y deberes correlativos. El comprador tiene el derecho de recibir o exigir la cosa comprada y tiene al mismo tiempo el deber de entregar el precio en la cuantía, especie, tiempo y lugar estipulados. Y el vendedor tiene el deber de hacer entrega de la cosa vendida y tiene al mismo tiempo el derecho de recibir o exigir el precio correspondiente.

[23] Esta tesis ha sido negada, como se sabe, por las doctrinas institucionalistas, para las que, tan-

nes, sino que se limitan a juridificar determinadas relaciones preexistentes en la trama de la vida social. Actúan, por tanto, como elementos o agentes formalizadores de las relaciones, ya que son ellas las que dan a las relaciones sociales la forma y el sentido jurídicos que poseen en cuanto son relaciones jurídicas. Son, por otra parte, las normas las que dotan a los hechos condicionantes de la virtualidad que les permite originar la vinculación jurídica en que consiste la relación. Y son ellas también las que configuran la posición jurídica de los sujetos dentro de la estructura relacional, asignándoles los derechos y deberes correlativos que les corresponden.

C) *Clases*

Teniendo en cuenta que toda la vida jurídica se compone en definitiva de una inmensa multiplicidad de relaciones jurídicas, resulta difícil realizar una ordenación o clasificación de las mismas.

Algunos autores han señalado como distinción importante la presencia de relaciones jurídicas *personales*, relaciones jurídicas *reales* y relaciones jurídicas *de obligación*. Las primeras radicarían directamente en la situación jurídica de los sujetos, las segundas existirían por razón de realidades físicas objetivas y las terceras tendrían como contenido principal las mutuas prestaciones de los sujetos. Sin embargo, la gran mayoría de los autores se detiene únicamente en la distinción entre relaciones jurídicas *de Derecho Público* y relaciones jurídicas de *Derecho Privado* [24].

En esta distinción, lo difícil es llegar a un acuerdo sobre los criterios que pueden ser señalados como bases de la misma. El más socorrido es el que se apoya en el carácter de los sujetos que intervienen en las relaciones. Y, así, serían relaciones de *derecho público* aquellas en que interviene un sujeto que detenta un poder o autoridad pública; las demás serían relaciones jurídicas privadas. Sin embargo, el simple carácter de los sujetos que intervienen en la relación no parece ser un criterio adecuado para distinguir a las relaciones de Derecho público de las relaciones de Derecho privado, ya que parece evidente que hay múltiples relaciones jurídicas que, a pesar de que en ellas interviene un sujeto investido de poder o autoridad pública, son a todas luces relaciones típicamente privadas (por ejemplo, las establecidas con ocasión de prestaciones de servicios ordinarios a la Administración Pública). Por

---

to el orden social institucional como las relaciones sociales que incluye, son jurídicos por sí mismos, con independencia y antes de las normas jurídicas estatales que los regulen. Por contra, el normativismo ha puesto de relieve la importancia central de la norma jurídica estatal hasta el punto de reducir el contenido de la relación jurídica a lo que en ella ha puesto esa norma.

[24] Esta clasificación tiene el mismo valor y, al mismo tiempo, la misma ambigüedad que la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

eso, parece más razonable afirmar que lo que distingue a las relaciones de Derecho público de las relaciones de Derecho privado es el carácter de las posiciones jurídicas que corresponde a los diversos sujetos que entran en relación, por razón de la propia relación que establecen. Así, puede decirse que son relaciones de Derecho público aquéllas en que al menos uno de los sujetos, por ser titular de poder o autoridad pública, ocupa una posición caracterizada por la función de dirección y mando, de tal modo que la propia relación se ve afectada por el desequilibrio de las respectivas posiciones. Paralelamente, habría que concluir que son relaciones de Derecho privado aquéllas en que los sujetos que intervienen (con independencia de su propio carácter) lo hacen desde posiciones situadas en un plano de igualdad relacional. Ejemplos claramente comprensibles de este tipo de relaciones son las que tienen lugar en el ámbito del Derecho contractual (aunque uno de los intervinientes sea el Estado) o las relaciones que se establecen entre los miembros que constituyen una sociedad.

También se ha apuntado que las relaciones de Derecho público y de Derecho privado pueden distinguirse atendiendo al predominio inmediato del bien social o del bien particular que las determina, de tal modo que serían relaciones jurídicas de Derecho público aquéllas en que están en juego bienes de interés público y relaciones jurídicas de Derecho privado aquellas otras en que no está implicado ningún bien o interés público. Ahora bien, no es siempre fácil decidir dónde termina lo público y dónde empieza lo privado, sobre todo, en épocas en que (como sucede en la presente) se asiste a una creciente estatalización de la vida social. Por eso, parece preferible utilizar como criterio diferenciador el carácter de la posición que ocupan los sujetos para entrar en relación, es decir, la calidad en que actúan cuando establecen esa relación.

2. La situación jurídica

La situación, en general, es un elemento condicionante de la existencia de los seres y, consecuentemente, también de la vida de los hombres [25]. Estos se encuentran metidos constantemente en situaciones que ellos mismos han contribuido a originar, pero, a menudo, hay situaciones en las que el hombre está con independencia de cualquier decisión de su voluntad. En esa medida, son situaciones impuestas e inevitables.

Pues bien, esa circunstancia o condicionamiento que afecta al hombre en

[25] Según ha advertido A. Fernández-Galiano, el pensamiento exitencialista ha contribuido en forma notoria a que la categoría de situación haya adquirido en la actualidad una importancia de primera fila. Baste recordar la conocida teoría orteguiana del hombre y su circunstancia.

su existencia personal y social le acompaña también en la aventura de la vida jurídica, de tal modo que cada individuo participa en ella con el equipamiento que le atribuye la situación jurídica en que está. La situación jurídica es, por tanto, uno de los aspectos condicionantes básicos de la existencia jurídica de los sujetos. Ahora bien, la situación en que se encuentra el hombre tiene contenido y eficacia jurídica sólo desde el momento en que el Derecho admite que determinado acto suyo es la condición para reconocer la existencia de ciertos efectos o consecuencias jurídicas.

¿Qué es o en qué consiste la situación jurídica? Podría decirse que las situaciones jurídicas son las posiciones que ocupa cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas. O, con palabras de L. LEGAZ, las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal conforme a las que el sujeto realiza o está en disposición de realizar las varias formas de conducta que constituyen el activo (derechos) y el pasivo (deberes) de su haber jurídico. En efecto, las relaciones jurídicas se establecen normalmente entre dos sujetos, de tal modo que uno de ellos tiene el deber de comportarse de una determinada manera y el otro tiene el poder de exigir del anterior que realice el comportamiento debido.

Este hecho hace que las situaciones jurídicas sean agrupadas en dos tipos fundamentales: las que imponen deberes y las que atribuyen poderes. Las primeras se llaman situaciones jurídicas *pasivas* y las segundas situaciones jurídicas *activas*. Pero estos tipos no suelen darse en estado puro en la realidad. Lo normal es que cada una de las situaciones jurídicas en que está el sujeto comporte simultáneamente deberes y derechos correlativos [26].

También se ha apuntado la contraposición entre las situaciones jurídicas que tienen un *carácter fundamental y genérico* y las que poseen un *alcance más particular* y aparecen como derivadas. Las primeras vienen impuestas y, en consecuencia, dan menos juego a la libertad del sujeto; las segundas surgen de la iniciativa del propio sujeto y, por tanto, no sólo dan mayor juego a

---

[26] Así, dentro de la relación de compraventa (tal como se ha advertido ya en la nota 22), quien está en situación de vendedor tiene el deber de entregar el bien objeto de la compraventa, pero tiene al mismo tiempo el derecho de exigir que el comprador le entregue el precio estipulado. Y el comprador, no sólo tiene el derecho a que se le entregue la cosa comprada, sino que tiene también el deber de hacer entrega del precio.

Otro fallo de la contraposición entre situaciones jurídicas *pasivas* y situaciones jurídicas *activas* (y de su correlativa caracterización) se manifiesta en la práctica habitual de mencionar al «derecho subjetivo» como una de las situaciones jurídicas activas especialmente relevantes o privilegiadas. Y, sin embargo, no parece que esa práctica esté suficientemente fundamentada. El derecho subjetivo no es una situación jurídica; más bien, ha de pensarse que es un efecto de la situación, en cuanto que es siempre la situación en que está un sujeto dentro de la trama de una determinada relación jurídica la que atribuye a ese sujeto el derecho o derechos que le es posible ejercitar en esa relación. Así pues, el derecho subjetivo es siempre una realidad distinta de la situación jurídica; y el identificarlo con ella equivale a la eliminación práctica de esa categoría, tal como se precisará en la **Lección XIV**.

la libertad de éste, sino que han de ser consideradas como creación de su libertad jurídica. Parece que las que condicionan más profundamente la personalidad jurídica de los sujetos son aquellas relaciones jurídicas en que se encuentra metido el hombre con independencia de su voluntad, mientras que aquellas otras en que él mismo se coloca o entra mediante una libre decisión tienen una repercusión mucho menor sobre sus posibilidades de acción. No en vano las primeras son las que definen o determinan, por lo general, el *estado* de las personas (nacido, casado, nacional, apátrida...). Pero son precisamente estas situaciones jurídicas fundamentales o situaciones en las que el sujeto *está* las que le permiten crear nuevas situaciones jurídicas a través de las que perfilar y desarrollar la capacidad que le corresponde en cada caso como sujeto jurídico concreto.

LECCION XII

LA NORMA JURIDICA

I. Carácter, contenido y estructura de la norma jurídica

Tal como se ha expuesto en la **Lección VII** y en la **Lección VIII**, la pretensión de definir el Derecho como norma o, más exactamente, como complejo unitario y coherente de normas jurídicas impuestas por el Estado, se debe a una corriente doctrinal típica de la última etapa de la historia del pensamiento jurídico [1]. Y, según el punto de vista de esta concepción nomológica [2], vinculada sin duda al espíritu del positivismo jurídico, la única actitud correcta para captar el sentido genuino de cualquier Derecho es la que lo en-

[1] Se ha indicado también expresamente que la concepción del Derecho como norma no ha sido la única manera de entender y definir al Derecho. Ha habido muchas otras. Así, durante largo tiempo el Derecho fue entendido como lo justo concreto (como el objeto del principio ético de la justicia), mientras que las reglas jurídicas (las leyes) no eran, según se pensaba, más que un medio o instrumento de determinación o medida del Derecho en cuanto *justo concreto*. Con posterioridad, se fue abriendo paso de forma simultánea una doble manera (contrapuesta sólo en apariencia, mas en realidad complementaria) de ver el Derecho: de un lado, como conjunto de leyes dictadas por el soberano y, de otro, como facultad o poder jurídico de que dispone el sujeto en el marco de las relaciones comunitarias. Se ha afirmado también que el Derecho, en su sentido real y propio, no es más que la decisión final de aquellos órganos o sujetos jurídicos que intervienen en su proceso de realización, ya sea en el momento inicial de su concreción general (tesis de C. Schmitt), ya sea en el momento de su creación definitiva (tesis tangencial del *movimiento* o escuela *del Derecho libre* y tesis básica del *realismo jurídico norteamericano*). Y ha sido entendido y explicado asimismo el Derecho como organización natural de los grupos humanos (organización que éstos generan inevitablemente y de forma espontánea a través del proceso de actualización de su existencia como tales grupos), o como relación intersubjetiva de carácter externo y bilateral, o como conducta humana interferente de la que las normas no serían más que categorías conceptuales de representación...

[2] Habitualmente se habla de concepción normativista. Sin embargo, este término tiene ya una significación históricamente restringida a una de las manifestaciones de la concepción nomológica: la de H. Kelsen y su escuela.

tiende como un conjunto de normas o reglas de conducta, ya que la función ordenadora y reguladora de las conductas sociales es el aspecto que caracteriza primariamente al Derecho. Pero, ¿qué supone esta conclusión? ¿Qué se afirma cuando se proclama que el Derecho se reduce en última instancia a norma o normas? Para saberlo, es necesario averiguar en qué consiste o qué es la norma.

1. La naturaleza o carácter esencial de la norma

La pregunta por la naturaleza de la norma jurídica ha tenido dos grandes soluciones o respuestas: la doctrina que afirma que el elemento nuclear de toda norma jurídica es un imperativo o mandato que impone a los destinatarios una determinada conducta debida y la corriente opuesta a esta concepción, que caracteriza a las normas como juicios o dictámenes regulativos acerca de lo que debe hacerse. Estas dos respuestas son designadas habitualmente en la actualidad con los nombres de «imperativismo» y «antiimperativismo»; pero tienen tras de sí una larga tradición y llegan a adquirir un notable relieve durante la Edad Media y comienzos de la Moderna dentro de la disputa entre el «voluntarismo» y el «intelectualismo» [3].

A) *Tesis imperativista*

Desde mediados del siglo XIX, la concepción jurídica dominante ha sido la que reduce el Derecho a un conjunto de normas impuestas por el Estado, es decir, a un complejo de mandatos emanados de la voluntad del Estado y dirigidos a determinar las conductas de los súbditos. Pero, como se ha indicado, este planteamiento tiene sus raíces, según todos los indicios, en la vieja corriente del voluntarismo tradicional y no podrá ser entendido adecuadamente, si no se tienen ante la vista los términos en que éste era formulado.

Como se sabe, el voluntarismo clásico (que se centraba en las leyes morales y se refería, ante todo, al protagonismo de la voluntad del legislador supremo, Dios) partía del presupuesto de que la bondad o la maldad de una acción depende fundamentalmente de que esa acción esté mandada o prohibida por quien tiene autoridad para mandar o prohibir. No hay, por tanto, conductas humanas buenas o malas en sí mismas; un acto es bueno porque

[3] Para captar con fidelidad el significado de la vieja polémica entre intelectualistas y voluntaristas, hay que tener en cuenta que en la época en que tal disputa se desarrollaba no se distinguían todavía radicalmente la ley jurídica y la ley moral. Cuando los autores estudiaban la naturaleza de la ley, estudiaban, por tanto, la naturaleza de la ley ética en general, incluyendo las leyes morales y las leyes jurídicas como dos manifestaciones de un mismo fenómeno normativo.

está mandado y su contrario es malo porque está prohibido, pero esos mismos actos serían contrariamente malos o buenos, si estuviesen contrariamente prohibidos o mandados. Y, sobre esta base, los autores voluntaristas llegaban a la conclusión de que la esencia de la ley está en el mandato de la voluntad del superior que establece qué conductas son buenas (y han de ser, por tanto, llevadas a la práctica) y qué conductas son malas (y han de ser consecuentemente evitadas). Las leyes son actos de la voluntad, no producto de la razón. (Ahora bien, como la tesis de los voluntaristas clásicos lo que proclamaba era la primacía de la voluntad de Dios, resultaba que el contenido de las leyes establecidas coincidía siempre con lo que correspondía según razón. De modo que lo que se propugnaba era un voluntarismo profundamente racional.)

Pues bien, esta idea del carácter naturalmente racional de los mandatos del legislador persistió también en alguna medida en el voluntarismo moderno, especialmente en la doctrina rousseauniana de la ley como producto de la voluntad general (las leyes, al ser producto de la voluntad general, mandarán siempre lo bueno, puesto que esta voluntad no puede imponerse nada malo a sí misma). Lo que manda la ley es, pues, siempre lo bueno. Sin embargo, esa inicial creencia moderna (optimista o ingenua) en la racionalidad constitutiva de las leyes y de la voluntad legisladora desapareció a mediados del siglo XIX, por mor de las transformaciones sufridas por la organización estatal. La propia actividad parlamentaria contribuyó a que la actividad legisladora comenzara a ser vista como simple resultado de los compromisos o las componendas entre los diversos partidos políticos. Y, al poco tiempo, casi nadie creía ya que la racionalidad fuera una característica inherente a la voluntad del legislador estatal. Pero se continuó pensando que las leyes eran una creación impositiva de la voluntad estatal y que, por tanto, consistían ante todo en órdenes o mandatos.

En consecuencia, el nuevo imperativismo (propiciado inicialmente en Inglaterra por J. AUSTIN y asumido de inmediato por muchos de los autores más significados del continente) confirmó definitivamente la tesis de que el Derecho consiste en un conjunto de simples y desnudos mandatos o actos de voluntad de un poder soberano, que van dirigidos a la voluntad de los súbditos. Las normas jurídicas son, pues, órdenes o mandatos del gobernante y constituyen la expresión directa de un poder de mando en una sociedad determinada [4].

---

[4] Aparte de las críticas formuladas contra esta tesis por las doctrinas antiimperativistas (críticas que se recuerdan en el apartado siguiente), puede objetársele que el Derecho está integrado por una gran multiplicidad de normas jurídicas sobre las que resulta prácticamente imposible extender la interpretación imperativa, especialmente en su vertiente estatista. De un lado, nos encontramos con una serie de normas en las que resulta muy difícil o del todo imposible descubrir algún

B) *Tesis antiimperativista*

La primera concepción antiimperativista del Derecho fue la mantenida por el intelectualismo clásico (centrado también, como el voluntarismo, en las leyes establecidas por Dios). Esta doctrina se apoyaba en la convicción de que las conductas humanas son buenas o malas por su propio contenido y en sí mismas, independientemente de que sean prohibidas o mandadas. Y, precisamente, son mandadas o prohibidas por el legislador por la bondad o maldad que naturalmente tienen. Las leyes son, pues, ante todo, según el intelectualismo, dictámenes de la inteligencia, juicios de la razón práctica sobre la bondad o maldad de los actos. Lo esencial de la ley es el juicio de la razón que dictamina qué actos deben ser realizados por ser justos y buenos y qué otros actos no deben ser realizados por ser injustos y malos. La voluntad del legislador está vinculada por el juicio de su razón, de tal modo que sólo puede mandar o prohibir aquellas conductas que son en sí mismas buenas o malas [5].

Sin embargo, las doctrinas antiimperativistas propiamente dichas no han tenido un desarrollo pleno hasta finales del siglo XIX y comienzos del XX, siendo E. ZITELMANN quien primero se opuso al imperativismo en forma sistemática con su doctrina del *juicio hipotético*. Pero esta tesis fue asumida y desarrollada inmediatamente por KELSEN con tal variedad y fuerza de argumentos que la doctrina de este autor se ha convertido en la teoría antiimperativista por antonomasia. KELSEN afirmaba en su etapa de antiimperativismo estricto [6] que la norma jurídica no puede ser definida como un imperativo o mandato porque éste, en cuanto orden de una voluntad, es un hecho psicológico que pertenece al mundo del ser, mientras que las normas jurídicas pertenecen al mundo del deber-ser. La norma es más bien un juicio hipotético en el que se afirma que una determinada consecuencia jurídica (=la sanción) debe ser aplicada bajo la condición de que se dé un determinado requisito o hipótesis (=el acto ilícito) [7].

---

vestigio de carga imperativa, tales como las normas que conceden facultades, las normas que establecen el alcance o el límite de vigencia de otras normas, las normas que atribuyen competencias o las normas que determinan la forma de creación de otras normas. Estos tipos de normas no contienen realmente signo ninguno de mandato o imposición de un sujeto jurídico a otro sujeto jurídico. Y, por otra parte, existen también normas que no son en modo alguno reconducibles a esa voluntad estatal que se designa como el origen de la mayor parte del Derecho. Así, por ejemplo, las normas consuetudinarias, las normas negociales, el derecho internacional, etc.

[5] Por eso se definía a la ley general (en palabras de TOMÁS DE AQUINO) como «una ordenación de la razón, dirigida al bien común y promulgada por aquel que tiene a su cargo la comunidad».

[6] A partir de 1945, KELSEN modificó esta doctrina hacia un imperativismo matizado, en el sentido de admitir que las normas jurídicas son imperativos. Pero siguió manteniendo que la norma no se confunde con el acto de voluntad del que manda, sino que es el sentido que adquiere ese acto cuando se objetiva como regla de conducta humana social.

[7] De ahí que la fórmula representativa de toda norma jurídica sea precisamente «**Si *es* A, enton-**

Otra manifestación de la actitud antiimperativista es la doctrina que define las normas jurídicas como juicios de valor acerca del comportamiento de los sujetos ante determinadas situaciones o hechos sociales y, consecuentemente, al Derecho como un conjunto de juicios de valoración jurídica. Según esta doctrina, es el juicio valorativo contenido en la norma el que hace que ciertas conductas que, sin la norma, serían perfectamente lícitas estén prohibidas y otras determinadas conductas, neutras en sí mismas, sean impuestas como obligatorias. Así pues, cuando se dice que un hecho es el objeto de un juicio de valoración jurídica, lo que se está afirmando es que ese determinado hecho es la condición para el nacimiento de una obligación jurídica.

Una tercera manifestación del antiimperativismo se concreta en la doctrina que concibe la norma jurídica como una proposición alternativa que indica a los destinatarios las posibles opciones de actuación que se le ofrecen. Estas proposiciones alternativas, representables en una fórmula como «o haces X (=conducta deseada) o te sucederá S (=sanción)» no imponen directamente ninguna conducta determinada en forma obligatoria, sino que se limitan a poner ante el sujeto un concreto y limitado juego de posibilidades entre las que puede elegir a su arbitrio.

Ahora bien, todas estas doctrinas olvidan en alguna medida la dimensión más importante y característica del Derecho: el ser regla de conducta que determina los comportamientos que el sujeto debe realizar o evitar, el ser prescripción o imposición de la conducta debida. Por tanto, la reducción de la normas jurídicas a juicios lógicos hipotéticos, a juicios valorativos de conductas o a enunciados alternativos acerca de la posibilidad de actuación que tiene ante sí el sujeto significa despojar al Derecho de su aspecto más característico: ser norma o regla de la vida social y, por tanto, prescripción o imposición de conductas.

C) *Carácter imperativo de las normas*

Según parece, las normas jurídicas son imperativos o contienen imperativos que se dirigen a los destinatarios para provocar en ellos la idea de que una determinada línea de proceder debe ser seguida. Tales órdenes o mandatos presuponen naturalmente algún juicio de valor acerca de las conductas que se imponen y ese juicio puede ser representado en un enunciado que recoge su estructura lógica hipotética. Pero, en última instancia, la norma sólo existe cuando hay una proposición en la que se prescribe (positiva o negativamente) una conducta. Por consiguiente, parece razonable mantener la tesis

---

ces *debe ser* **B»**. Por ejemplo, si alguien cometiere homicidio (=en la hipótesis de que alguien cometa homicidio), será (=deberá ser) castigado, como homicida, a la pena de reclusión menor.

de que la norma jurídica tiene carácter eminentemente imperativo y contiene siempre un mandato de un superior que pretende ligar la voluntad de los subordinados para que éstos actúen de una determinada manera.

Sin embargo, las normas jurídicas no son puras y simples órdenes de una voluntad que pretende determinar la conducta de otra voluntad [8]. Son mandatos que tienen unas características muy peculiares que los distinguen de cualquier otro tipo de imperativos.

En primer lugar, los mandatos contenidos en las normas jurídicas no pueden proceder de una voluntad cualquiera, sino que han de ser emitidos por una voluntad legitimada para establecer la norma; sólo los preceptos procedentes de una autoridad legítima pueden convertirse en normas jurídicas [9].

En segundo lugar y a diferencia del simple mandato, la norma jurídica se caracteriza por convertirse en regla estable de conducta para todos aquellos que le están sometidos, es decir, en un mandato que adquiere consistencia objetiva y que está dotado de una cierta duración y estabilidad en el tiempo. El mandato propiamente dicho agota su existencia y su función en el momento mismo de ser cumplido. Por el contrario, la norma jurídica se independiza del acto de voluntad que le da nacimiento, se objetiva y se regulariza, es decir, se constituye en regla general que establece el modo como ha de comportarse cualquier sujeto en el que converjan las circunstancias o supuestos que ella determina.

Finalmente, la norma jurídica no es un simple acto de la voluntad que impone una conducta, sino que implica un juicio de la razón práctica mediante el que se valora la conducta en cuestión. Es lógico que, cuando la norma jurídica manda, prohibe o permite una determinadas conductas frente a otras, lo haga porque, en base al dictamen valorativo de la razón, considera que eso es lo más justo y razonable. La misma norma jurídica resultaría ininteligible en cuanto tal (es decir, en cuanto regla de conducta dirigida a seres racionales), si el imperativo o mandato que contiene no se asentara sobre la base de una valoración ética de la razón, tal como señalaron ya muchos autores escolásticos.

Debe concluirse, por tanto, que la norma jurídica, si bien se caracteriza ante todo por su naturaleza imperativa, no es un desnudo imperativo; es un mandato emanado de la voluntad representativa de la comunidad, que presupone un juicio valorativo y que se objetiva en reglas de conducta estables y

[8] En este sentido, las críticas formuladas por las doctrinas antiimperativistas han sido ampliamente fructíferas, en cuanto que han servido para poner en evidencia los fallos de un imperativismo simplista que reducía la norma jurídica al puro mandato.

[9] En la actualidad, parece general la convicción de que la única autoridad legitimada es aquélla que representa la voluntad de toda la comunidad política. Esto no significa, por supuesto, que todo lo que manda esa voluntad sea siempre lo mejor y más conveniente, lo más justo...

generales. Por eso, las normas jurídicas generan un deber general y objetivo de cumplimiento, un deber respaldado por el poder social del grupo.

2. El contenido de la norma

Tal como se ha concluido en el apartado anterior, las normas jurídicas son mandatos u órdenes mediante los que se prescriben las conductas que han de realizar obligatoriamente aquellos sujetos que se encuentran en la situación o circunstancia típica regulada por las propias normas. El contenido directivo de las normas jurídicas se encuentra polarizado, pues, en torno a estos dos núcleos: un deber de realizar determinadas conductas y una condición o supuesto al que se supedita el nacimiento de ese deber. El primero es identificado habitualmente como *consecuencia jurídica*; al segundo se le designa por lo general con el nombre de *supuesto de hecho.*

A) *La consecuencia jurídica*

La mayoría de los autores que se han ocupado de este tema sostiene que el núcleo característico de la norma jurídica es la determinación o imposición de la conducta que han de realizar los sujetos obligados en cada caso. La imposición de deberes es, pues, el efecto o consecuencia fundamental de las normas jurídicas. Pero, como normalmente la imposición de deberes va acompañada del reconocimiento o atribución de unos derechos correlativos, se entiende que los derechos forman parte también de esa consecuencia [10]. E incluso se debate a veces cuál de los dos es el elemento primario [11], si bien parece razonable inclinarse por la tesis de la primacía del deber.

Hay autores, sin embargo, que han defendido la tesis de que el elemento característico, constitutivo y diferenciador del Derecho no es la imposición de deberes (ya que esto es propio de toda norma de conducta, sea moral, ju-

---

[10] El *deber* que impone la norma al sujeto puede consistir en hacer algo, en abstenerse de hacerlo o bien en tolerar o permitir a otro que actúe. A su vez, el *derecho* consiste, o bien en la facultad o poder de hacer o de no hacer algo, o bien en la posibilidad de exigir de otro sujeto que realice una determinada conducta, que se abstenga de realizar una determinada conducta o que permita la plena realización de su derecho por parte del titular.

[11] Ciertamente, en la mayoría de los casos, la consecuencia o efecto prevenido en la norma es la imposición de un deber y la simultánea atribución de un derecho correlativo. Pero hay una consideración que corrobora el punto de vista de que el elemento primario es la imposición de deberes. En efecto, parece que no puede descartarse la posibilidad de que una norma imponga un simple deber, sin que exista el correlato del derecho (como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de que existan deberes jurídicos respecto de los animales o las plantas), mientras que, por contra, parece que resulta imposible que la norma jurídica atribuya a alguien un derecho sin que exista en otro sujeto un deber correlativo al respeto de ese derecho.

rídica o usual), sino la forma en que se imponen esos deberes, es decir, el procedimiento utilizado por el Derecho/Estado para conseguir que los destinatarios de las normas jurídicas actúen como éstas indican. Y ese procedimiento consiste en asignar o imponer determinadas sanciones a la realización de las conductas previstas en la norma. Así pues, el núcleo central de la norma jurídica, aquello por lo que la norma es jurídica, está constituido siempre por el establecimiento de las sanciones que se han de aplicar en el supuesto de que se produzcan determinadas conductas. Por tanto, la «consecuencia jurídica» consiste en la sanción.

A su vez, algunos autores han insistido en que el tipo de normas que imponen deberes no agota las virtualidades de los actuales ordenamientos jurídicos, ya que en ellos, no sólo existen normas que imponen deberes, sino que hay otros tipos de normas no reductibles al anterior, como son las normas que conceden facultades o atribuyen competencias. Consecuentemente, debe admitirse que, junto a las normas cuyo núcleo central consiste en la imposición de deberes y la atribución de derechos correlativos, existen otras cuyo contenido esencial es el reconocimiento o asignación de facultades y competencias. Esas facultades o competencias serían, pues, la consecuencia jurídica.

Y, finalmente, otros autores han afirmado que el efecto o consecuencia jurídica de las reglas de Derecho consiste propiamente en el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Sin embargo, parece que el deber es siempre el contenido nuclear de todas o, al menos, de la mayor parte de las normas jurídicas, con independencia de que, a su vez, el contenido de ese deber sea una conducta, una sanción o un procedimiento y al margen de que el sujeto inmediatamente obligado sean los simples ciudadanos o los órganos estatales [12].

B) *El supuesto de hecho*

Los deberes que, según se acaba de indicar, constituyen la consecuencia o efecto básico de toda norma jurídica aparecen siempre de tal manera que su nacimiento viene condicionado a que se den determinadas circunstancias

[12] Las propias normas sancionadoras (que son el gran punto de referencia de quienes, como KELSEN, afirman que la consecuencia jurídica consiste en la sanción) parecen tener la finalidad primordial de garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones por parte de los sujetos. Esa es, al menos, la vivencia que tiene la generalidad de los miembros de las sociedades. Y, si las cosas ocurrieran de forma diferente, el Derecho sancionador perdería el sentido que ahora tiene, de tal modo que bastaría con que fuera conocido únicamente por los órganos estatales encargados de aplicar las sanciones. Pero, por el momento, en el Derecho, como en todos los demás códigos de reglas de conducta, incluidos los de los juegos, las normas se dirigen a todos los «jugadores» y no sólo a los jueces o árbitros.

o supuestos, que la propia norma jurídica especifica, unas veces de forma completa, exhaustiva y explícita y otras veces de manera implícita [13]. Es decir, están subordinados a la presencia del *supuesto de hecho.*

El supuesto de hecho es toda aquella realidad que entra en la previsión de las normas jurídicas como condición para que se dé la consecuencia. Cualquier factor de la vida social (un simple hecho natural, un acto humano, una relación social o incluso la consecuencia de otra norma) puede convertirse en supuesto de hecho de una norma jurídica, actuando, por tanto, como una verdadera condición (o hipótesis) a la que se subordina la eficacia de la norma [14].

Algunos han afirmado que el supuesto de hecho es siempre una actuación o comportamiento ilícito, es decir, aquella conducta que el Derecho/Estado pretende evitar y que, en consecuencia, establece como condición para que aparezca el deber de aplicar una determinada sanción. Pero, tal como se verá en el apartado siguiente, esta concepción del supuesto de hecho resulta inaceptable por constituir una reducción extrema. En realidad, la condición o hipótesis a la que las normas subordinan la aparición de la consecuencia jurídica se concreta en una gama de fenómenos o realidades enormemente variada, incluidos, por supuesto, los distintos tipos de conductas ilícitas.

3. La estructura lógica de la norma

Aunque pueden abrigarse ciertas dudas al respecto [15], se acepta generalmente la idea de que es posible formular un esquema lógico uniforme en el que queden representadas todas las normas jurídicas posibles [16]. Ese esquema o estructura sería la de un enunciado condicional o hipotético en el que

---

[13] Así, por ejemplo, cuando el ordenamiento establece que el propietario de un edificio ruinoso ha de responder de los daños causados por el mismo, no le impone un deber absoluto e incondicionado, sino una obligación de responsabilidad civil que surge sólo en el supuesto o hipótesis de que los daños hayan sido causados por la ruina del edificio y de que esa ruina sea imputable al propietario, en el sentido de que no hubiera puesto la necesaria diligencia en hacer las reparaciones necesarias.

[14] Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el *supuesto de hecho* solamente desempeña con propiedad la función de hipótesis en las normas generales o abstractas. Cuando se trata de normas individualizadas, el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia no es una realidad hipotética, sino un dato concreto jurídicamente cierto y comprobado, si bien ese dato actúe como elemento condicional o hipotético, en combinación con las normas jurídicas generales, de la *consecuencia.*

[15] En la actualidad, se ha llegado a afirmar que resulta totalmente imposible reducir todas las normas a un único modelo o representación lógica, por la sencilla razón de que existen diversos tipos de normas que son totalmente irreductibles entre sí.

[16] Es obvio que se trata de la estructura de las normas jurídicas, no de las simples disposiciones (=artículo, número, apartado, etc.) aisladas, que, con frecuencia, no constituyen normas propiamente dichas por faltarles alguno de los elementos básicos o fundamentales.

se supedita la aparición de un cierto efecto o consecuencia [17] a la realización de unos determinados hechos. Dado que las normas jurídicas imponen siempre alguna determinada conducta en el supuesto de que se produzcan los hechos previstos como condición, su estructura lógica puede ser representada en una fórmula del siguiente tenor: «si *es* S (=supuesto de hecho), *debe ser* C (=consecuencia jurídica)». Ahora bien, la determinación o identificación del elemento o realidad jurídica que ha de entenderse incluida en cada uno de los dos ítems del esquema está sometida a debate, según quedó apuntado ya en el apartado relativo al contenido de las normas.

Generalmente, se entiende que la consecuencia o consecuente consiste siempre en un deber jurídico, es decir, en la obligación de realizar una determinada conducta y que el antecedente o supuesto condicional puede ser un hecho jurídico cualquiera, con tal de que haya sido incorporado por la norma como presupuesto o condición al que se subordina la aparición del deber. Sin embargo, la teoría pura del Derecho, desarrollada por H. KELSEN, ha roto con el planteamiento habitual y ha introducido una interpretación revolucionaria.

Según KELSEN, la estructura, esquema o modelo lógico en que queda representada toda norma de Derecho es la de un juicio hipotético abstracto sobre la voluntad estatal de imponer determinadas sanciones cuando se dan determinadas conductas ilícitas. Esa estructura queda adecuadamente representada en la fórmula «Si *es* A, *debe ser* B», entendiendo que B es siempre una imposición de sanción y que A es también siempre una conducta a cuya realización está ligada (por decisión de la norma) la imposición de la sanción como deber-ser jurídico. En esa medida, en ese sentido y por esa sola razón, el elemento A es siempre un acto ilícito [18]. Así pues, el juicio hipotético en que se expresa la estructura lógica de las normas jurídicas propiamente dichas, pone en conexión, a través del vínculo lógico del *debe-ser*, el elemento B (=acto ilícito) con el elemento A (=sanción).

Pero la explicación kelseniana resulta insatisfactoria por varios motivos analizados ya ampliamente por la doctrina [19], en especial por su extrema

---

[17] Como acabamos de ver en el número 2, según unos, la imposición de sanciones, según otros, la aparición de relaciones jurídicas y, según los más, el nacimiento de derechos o deberes.

[18] Naturalmente, esta tesis de KELSEN tiene su base en una peculiar concepción del Derecho, según la cual éste consiste fundamental y primariamente en la regulación del uso de la fuerza (=imposición de sanciones) dentro de la sociedad. Y, en consecuencia, lo que distingue a las normas jurídicas de todas las demás reglas del comportamiento humano no es la imposición de unos determinados comportamientos, sino el modo coactivo en que esos comportamientos son impuestos.

[19] Entre tales motivos se encuentra el de consagrar una visión general del Derecho basada en los rasgos que ese Derecho presenta en las situaciones «patológicas», es decir, excepcionales o anormales. En efecto, el Derecho sólo se ocupa de imponer sanciones en los supuestos de incumplimiento de las conductas jurídicamente obligatorias, lo que se produce en un número de casos porcentualmente bastante reducido. Por otra parte, incluso las normas que imponen sanciones colocan a éstas en una posición subordinada al deber, ya que se formulan como un deber-ser dirigido

parcialidad, tanto cuantitativa como cualitativa. En efecto, ha de reconocerse, en primer lugar, que las normas jurídicas sancionadoras, es decir, las que consisten primariamente en la regulación de los supuestos en que ha de ser impuesta alguna sanción, constituyen un sector muy reducido del ordenamiento jurídico total; el sector más amplio del mismo regula el ejercicio de derechos y deberes, la asignación de atribuciones y competencias o la fijación de los procedimientos. Y, asimismo, parece inevitable aceptar la doctrina de que la imposición de sanciones desempeña una función secundaria y auxiliar. Ciertamente, el Derecho necesita de las sanciones para ser eficaz. Pero la verdadera razón de ser del Derecho dentro de la vida social, su finalidad esencial y específica, es hacer que los miembros de la sociedad se comporten de tal forma que se mantenga esa vida social y el orden pacífico de las relaciones. La posibilidad de que entre en juego la sanción es también imprescindible, pero sólo *para que* las normas jurídicas lleguen a ser reglas efectivas de las conductas sociales.

Parece, en consecuencia, que ha de llegarse a la conclusión de que la fórmula abstracta de la estructura lógica de las normas jurídicas debe ser lo suficientemente abierta y flexible como para que en ellas se encuentren representadas todas las múltiples y diversas normas que están integradas en un ordenamiento jurídico dado. Por eso, se propone la fórmula «si *es* S (=supuesto), *debe ser* C (=consecuencia)», ya que dicha fórmula representa adecuadamente la estructura condicionada de cualquier norma jurídica, con independencia de que su contenido central inmediato sea la atribución de un derecho, la determinación de un deber, la imposición de una sanción, la asignación de una competencia o la fijación de un cauce procedimental.

Por el contrario, si se pretende incluir en la estructura lógica abstracta de la norma alguno de los elementos que forman parte del contenido empírico de las normas jurídicas positivas, desaparecerá de inmediato su validez general. Y esto por un doble motivo: en primer lugar, porque la fórmula resultante sólo representará a un tipo o clase de normas y, en segundo término, porque solamente será reconocida por aquel sector doctrinal que coincida en afirmar que ese es el elemento central primario de toda posible norma.

II. Principales tipos de normas jurídicas

Si se somete a examen un ordenamiento jurídico cualquiera (actual o pretérito), se descubre de inmediato una desorientadora multiplicidad de

---

a los órganos estatales para la imposición de la sanción a aquellos sujetos que hayan realizado las conductas indeseables previstas. Y se ha observado también que la explicación kelseniana desemboca inevitablemente en una cadena de normas que no tiene fin.

normas jurídicas de los más variados signos y características. Tales normas difieren entre sí, no sólo por la distinta época en que fueron creadas, sino también por su ámbito de aplicación, por su jerarquía, por la materia que regulan... o por otras múltiples y diferentes causas.

Este hecho ha llevado a la doctrina a incluir como tema de la teoría jurídica el de la clasificación de las normas y el análisis de los tipos que cada autor considera más representativos [20]. Sin embargo, las soluciones o respuestas que se dan varían notablemente entre sí, ya que los criterios o puntos de vista conforme a los cuales pueden hacerse las clasificaciones son muy abundantes, por lo que éstas tienen siempre un cierto carácter aleatorio. Esto no obstante, para una mayor clarificación conceptual, puede ser útil tener a la vista alguna de esas clasificaciones, sobre todo cuando son generalmente admitidas y tienen un carácter básico. Es lo que puede esperarse, según parece, de la doctrina que distingue entre las *normas completas* (o normas jurídicas propiamente dichas) y las *disposiciones* (o normas jurídicas incompletas).

1. Las normas jurídicas completas

Las normas jurídicas completas o normas jurídicas propiamente dichas son aquellas que incorporan todos los elementos esenciales de la norma, de tal modo que tienen sentido pleno por sí mismas, sin necesidad de recurrir a ninguna otra disposición para completar o integrar el ámbito de su eficacia. Pueden y suelen distinguirse muchos tipos distintos, pero no todos ellos tienen igual interés para la teoría jurídica, por lo que los autores acostumbran a hacer una selección restrictiva.

Así, según la extensión del precepto, pueden distinguirse las normas jurídicas *generales* y las normas jurídicas *particulares* o *individualizadas*. En las normas generales se regula una serie indeterminada de relaciones sociales o de conductas humanas de una manera típica o abstracta, es decir, se regula una acción típica en la que puede encajarse una multiplicidad ilimitada de acciones empíricas. En cambio, las normas particulares o individualizadas regulan situaciones o relaciones sociales muy determinadas, que afectan a un número de sujetos que está ya identificado en las propias normas [21].

---

[20] Ver, por ejemplo, la sumaria relación que se ha dado en la pregunta III (nota 18) de la **Lección VIII**.

[21] Por ejemplo, el contrato de alquiler que el estudiante AFP firma con el propietario JHR en la ciudad L, a fecha X, con las cláusulas a), b), c), d) y e), o la sentencia dictada por el juez J sobre la reclamación de deuda presentada por el comerciante P contra el comprador Z.

Como se sabe, se discute si las llamadas *normas individualizadas* son o no son **normas** jurídicas en sentido propio, ya que, según la doctrina tradicional, toda verdadera norma jurídica debe tener el carácter de la generalidad, por lo que las disposiciones jurídicas destinadas a un número reducido y determinado de sujetos constituirían supuestos de aplicación de normas y no concreciones de

A su vez, según la importancia o el papel que desempeñan en el ordenamiento jurídico, puede decirse que hay normas jurídicas *primarias* o fundamentales y normas jurídicas *secundarias* o complementarias. Las primeras son las que determinan los comportamientos que han de ser realizados dentro de la vida social y los efectos jurídicos que se siguen de la realización (o no-realización) de los mismos. Las segundas se ocupan de delimitar algunos aspectos complementarios del ordenamiento jurídico, tales como el inicio, duración o extinción de la vigencia de las normas, el procedimiento que debe seguirse o la competencia de los órganos encargados de crear o aplicar el Derecho, la imposición de sanciones, etc. [22].

Por su parte, atendiendo a la forma o expresión del precepto, puede hablarse de normas jurídicas *preceptivas* o positivas y normas jurídicas *prohibitivas* o negativas. Las primeras son las que regulan el comportamiento de los sujetos indicando a éstos las conductas que deben o pueden hacer. Las segundas son las que establecen lo que los sujetos no deben o no pueden hacer [23].

Atendiendo, en cambio, al ámbito espacial de validez, se han distinguido, dentro del ordenamiento jurídico estatal, las normas jurídicas *generales*, aplicables en todo el territorio estatal, y las normas jurídicas *locales*, válidas en los respectivos Estados, Regiones, Comunidades autónomas, Cantones, Mancomunidades, Municipios, etc.

Y, atendiendo al agente, fuente o instancia creadora, pueden diferenciarse las normas jurídicas *legales*, las normas jurídicas *consuetudinarias*, las normas jurídicas *negociales* o convencionales y las normas jurídicas *jurisprudenciales*.

Finalmente, tomando en consideración el respectivo grado o rango jerár-

---

verdaderas normas. Pero, en la actualidad, se piensa generalmente que las normas individualizadas, no sólo son verdaderas normas jurídicas, sino la manifestación más genuina de la normatividad jurídica.

[22] La caracterización de las normas primarias y de las normas secundarias varía mucho de unos autores a otros. Así, para unos (por ejemplo, THON y BINDING) son normas primarias o «materiales» las que imponen el deber que han de cumplir los súbditos y son normas secundarias o «sancionadoras» las que establecen la sanción que habrán de aplicar los órganos del Estado en el supuesto de que los súbditos incumplan alguna de las normas primarias. En cambio, para otros (por ejemplo, KELSEN), las normas primarias son las que regulan la imposición de sanciones y las secundarias son aquellas normas cuya existencia reguladora del deber de no realizar la conducta prevista como condición de la sanción ha de suponerse para lograr el sentido pleno de las normas primarias. Pero otros (por ejemplo, HART) afirman que las normas jurídicas secundarias son las que regulan el procedimiento de creación y aplicación de las primarias, mientras que éstas son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la tradicional distinción entre las normas jurídicas *materiales* y las normas jurídicas *procesales* se reconduce a esta de las primarias y secundarias.

[23] Obviamente, esta distinción es discutible, puesto que en el fondo, todas las normas jurídicas mandan o imponen una determinada conducta, si bien ésta puede consistir en un hacer o en un no-hacer. En esa medida, todas las normas jurídicas serían preceptivas o positivas.

quico, se habla de normas *constitucionales*, normas jurídicas *generales ordinarias*, normas *reglamentarias* y normas *de aplicación*.

Todas estas clasificaciones reflejan la gran variedad de criterios conforme a los cuales pueden agruparse las normas contenidas en cualquier ordenamiento jurídico, así como la rica multiplicidad de esas normas y, en consecuencia, no agotan las posibilidades generales de ordenación.

2. Las disposiciones jurídicas

Las disposiciones o normas jurídicas incompletas son aquellas que carecen de alguno de los elementos básicos, estando destinadas, en consecuencia, a integrarse con otras disposiciones en orden a constituir una unidad normativa completa y autosificiente. En realidad, los distintos códigos o sectores normativos de los diferentes ordenamientos jurídicos vigentes se componen, en una altísima proporción, de disposiciones jurídicas de las que está ausente algún elemento esencial de la estructura normativa básica y que, en consecuencia, desempeñan una función complementaria respecto de otras disposiciones del mismo ordenamiento. Por otra parte, tales disposiciones, incompletas desde el punto de vista normativo, responden a una tipología bastante diversificada.

Así, existe en primer lugar, un gran número de disposiciones que desempeñan únicamente la funcionalidad jurídica de determinar el contenido o alcance jurídico de términos, situaciones o datos integrados en otras normas o en otras disposiciones jurídicas. Son las disposiciones *declarativas* o explicativas y las *interpretativas*. Estas disposiciones no crean por sí solas ningún deber jurídico, pero aportan elementos imprescindibles para establecer (en combinación con otras disposiciones) una regulación jurídica completa de determinados tipos de comportamiento social. Ellas son, en efecto, las que establecen los límites precisos del supuesto de hecho, de la consecuencia jurídica o del sujeto obligado.

Hay también disposiciones jurídicas *permisivas* y disposiciones juridicas *facultativas*. Son disposiciones jurídicas permisivas aquellas que simplemente otorgan la posibilidad de realizar una determinada conducta, por lo que se considera que, para que tengan verdadera significación jurídica, han de ser puestas en conexión con otras disposiciones. Ya F. SUÁREZ, al elaborar su teoría de las leyes, sostuvo la idea de que toda norma permisiva, si es verdadera norma, oculta un precepto, que es el que hace que esa norma permisiva tenga sentido jurídico. Si alguien tiene la posibilidad jurídica de hacer algo, es porque el propio Derecho impone de alguna forma a los demás el deber de no impedir la realización de ese acto permitido. Y este mandato de contenido negativo es el que otorga carácter jurídico a la disposición permisiva,

disposición que, de otro modo, quedaría fuera del ámbito de eficacia de la regulación jurídica.

Son, en cambio, disposiciones jurídicas facultativas aquellas que atribuyen a algún sujeto el poder o posibilidad de realizar determinados actos en determinadas circunstancias, sin imponerle (ni directa ni indirectamente) el deber jurídico de hacerlas. Una manifestación importante de este tipo de disposiciones son las organizativas» u orgánicas, es decir, las disposiciones que atribuyen competencias a los distintos órganos estatales. Sin embargo, las disposiciones facultativas plantean una problemática similar a la de las disposiciones permisivas y, consecuentemente, debe concluirse también en relación con ellas que su significación jurídica pende de su conexión de complementación con otras normas o disposiciones en las que se plasme algún tipo de deber (general o particular) que ampare la realización de la facultad.

LECCION XIII

PERSONA O SUJETO DE DERECHO

I. El problema de la personalidad jurídica

Puede parecer que las preguntas acerca de quién o qué «puede ser», quién o qué «es» y quién o qué «debe ser» *persona jurídica* tienen una respuesta sencilla y elemental, puesto que parece asimismo lógico pensar que sólo los hombres son personas jurídicas, ya que sólo ellos están capacitados para ser sujetos de auténticos derechos y deberes. Sin embargo, la inconsistencia de dicha respuesta se manifiesta de inmediato a través del simple contraste con una larga experiencia histórica.

En efecto, la historia del Derecho confirma la existencia de estas dos situaciones paradójicas: por un lado, la reiterada y abundante presencia de hombres que no han sido reconocidos como sujetos con personalidad jurídica y, por otro, la constante proliferación de realidades no identificables con los hombres que han estado dotadas de esa personalidad [1]. Consecuentemente, resulta inevitable enfrentarse al problema de la personalidad jurídica, es decir, al problema de la determinación o identificación de los elementos que integran el núcleo esencial de la subjetividad en el campo del Derecho [2]. ¿En qué consiste ser persona jurídica y, en consecuencia, quiénes son personas jurídicas?

---

[1] Es decir, hemos de reconocer que, no sólo ha habido y hay sujetos de Derecho que no son hombres, sino que ha habido (y tal vez haya todavía) hombres que no eran o no son sujetos de Derecho.

[2] Según L. Recasens o L. Legaz, la problemática global de la personalidad jurídica se desglosa en estas cuatro cuestiones particulares: en qué consiste el ser sujeto de Derecho; quiénes son efectivamene sujetos de Derecho; qué sustrato real metajurídico corresponde a los sujetos de Derecho; quiénes deben ser sujetos de Derecho.

1. Persona, personalidad y personalidad jurídica

Dentro del lenguaje ordinario, el término «persona» es utilizado habitualmente como equivalente de «hombre», designando, por tanto, a cualquier individuo de la especie humana. Este elemento de la individualidad humana está presente también en el ámbito de la elaboración filosófica y ética y en el de la teoría social, aunque en cada uno de ellos sea completado con otros rasgos específicos. Así, dentro de la perspectiva filosófica y ética, se destaca como caracteres personales definitorios la autoconciencia, el autodominio, la subjetividad y la responsabilidad moral [3]. Y, en el análisis sociológico, se centra la atención sobre el conjunto de papeles o funciones que desempeña el individuo dentro de la comunidad [4]. En consecuencia, la personalidad, en cuanto modo-de-ser de la persona (es decir, en cuanto cualidad constitutiva diferencial que separa y distingue a unas personas de otras), tiene un sentido que está siempre condicionado por los diversos ámbitos o marcos de referencia en que se realiza; no son ni significan lo mismo la personalidad ética, la personalidad social y la personalidad jurídica. Ahora bien, hay, no obstante, entre las tres una correlación bastante estrecha; o, al menos, así lo parece.

En efecto, en principio se da una especie de correspondencia natural entre la personalidad humana y social y la personalidad jurídica, de tal modo que ésta no es más que la transposición al ámbito del Derecho de la personalidad humana. Según este punto de vista (asumido en buena medida por SAVIGNY), el Derecho se limita a atribuir la personalidad jurídica a quienes ya son por sí mismos personas [5]. La atribución al hombre de la personalidad jurídica no es algo que ocurre por azar, sino una consecuencia necesaria y natural de su existencia socializada. Por eso, la negación de la personalidad jurídica a la persona humana no puede entenderse más que como una excepción, ya que el Derecho ha de contar necesariamente con el hecho de que la dignidad moral y la dimensión social del hombre actúan como exigencia de reconocimiento de la personalidad jurídica. Podrá ignorar o contradecir acaso este dato básico en relación con un determinado hombre o con un concreto grupo de hombres, pero nunca podrá ignorarlo pura y simplemente.

Se ha afirmado también, sin embargo, que la personalidad jurídica es una

---

[3] La dignidad, la libertad y el destino o proyecto existencial son, pues, los elementos que hacen de un hombre una personalidad, aunque cada uno tiene siempre la paradójica posibilidad de hacer un uso tan peregrino de esos elementos como para desdibujarla hasta el límite de lo posible.

[4] Este concepto sociológico de persona es el que manifiesta una conexión más estrecha con el sentido etimológico del término, en cuanto máscara utilizada por los actores en el teatro.

[5] Obviamente, esta tesis choca con la experiencia de las personas jurídicas colectivas, pero intenta explicarlas, bien diciendo que son ficciones creadas por el Derecho, bien afirmando (dentro de una óptica organicista) que tales personas jurídicas son como las individuales, ya que tienen también una voluntad propia capaz de asumir libremente obligaciones y de ser titular de derechos.

creación o construcción técnica del propio Derecho, que sólo tiene significación en el ámbito de la normación jurídica y que no es una derivación o consecuencia de la personalidad extrajurídica. Una cosa es ser persona humana y otra muy distinta ser persona jurídica; ésta es producto del Derecho, recibe toda su significación del Derecho y sólo tiene sentido dentro del ámbito del Derecho [6], como ha sostenido H. KELSEN. Por tanto, dentro de la teoría jurídica, la persona o sujeto de Derecho ha de explicarse como la personificación que se hace de un conjunto de normas jurídicas, como centro ideal de imputación de las consecuencias jurídicas de esas normas.

¿Cuál de los dos análisis es más defendible?

En realidad, ha de comenzarse reconociendo que la personalidad jurídica es una creación o construcción del Derecho, en cuanto que es el Derecho el que define su existencia y los límites de su alcance. Y aún cuando la personalidad jurídica se atribuye a los sujetos que tienen personalidad humana, se da una notable falta de coincidencia en el perfil y contenido de ambas. La personalidad humana presenta una gran riqueza de matices y una ilimitada variedad de concreciones que permiten afirmar que cada individuo tiene una personalidad única e irrepetible. En cambio, la personalidad jurídica tiene un perfil fijo, constante y uniforme en cada uno de los diferentes tipos de sujetos jurídicos, sin que influyan en él las peculiaridades personales de los individuos [7]. La personalidad jurídica no es, pues, una magnitud independiente del Derecho, sino una creación de éste.

Sin embargo, esa construcción no es totalmente artificial y arbitraria, sino que se basa en los datos que ofrece la propia realidad social y, muy especialmente, en la configuración de las funciones que corresponden a los diferentes papeles sociales que los individuos tienen que desempeñar dentro de la organización social. En esa medida, hay que concluir que la persona humana es persona jurídica en cuanto es persona en dimensión social, condicionamiento este que resulta lógico, si se tiene en cuenta que el Derecho no es más que un producto de la vida humana que está al servicio de esa vida. Como ha señalado L. LEGAZ, aunque la personalidad jurídica, por ser una categoría de la vida social, es también una realidad normativa, es decir, «construida», corresponde naturalmente a la persona humana, de modo que todos los hombres han de ser reconocidos como personas jurídicas.

---

[6] Esta apreciación viene respaldada por la comprobación de que ni todos los hombres han tenido siempre personalidad jurídica, ni la han tenido del mismo modo, cuando la tenían. Por otra parte, han existido personas jurídicas que no son personas humanas en sentido propio (como las asociaciones y sociedades) o que ni siquiera están constituidas por personas humanas (como las fundaciones). Y se da también frecuentemente el supuesto de entes sociales que tienen una cierta personalidad social y que no llegan a tener personalidad jurídica.

[7] Así, las posibilidades de acción que corresponden a la personalidad jurídica del arrendador o del padre no sufren modificación por muy fuertes que sean las diferencias de inteligencia, cultura, simpatía o sensibilidad de los sujetos que en cada caso actúan como arrendadores o como padres.

Hoy, una gran parte de la doctrina sigue siendo fiel a la definición tradicional de la persona o sujeto de Derecho como «el ser que es capaz de derechos y deberes jurídicos», por lo que parece que la bondad de esta definición será indiscutible. Como, por otra parte, los derechos y deberes sólo pueden predicarse, al parecer, propiamente del hombre, podría pensarse que sólo el hombre está en condiciones de ser sujeto de Derecho. Pero esa conclusión sería, como se ha indicado ya, equivocada.

De hecho, los ordenamiento jurídicos actuales reconocen dos tipos o clases de personas jurídicas: los hombres o personas individuales y las colectivas. Las primeras son las que vienen siendo designadas tradicionalmente con el nombre de «personas», «personas físicas» o «personas naturales», sin duda por efecto de la simple convicción de que el hombre es, de forma natural e indiscutible, sujeto de Derecho. Las segundas coinciden con las llamadas «personas jurídicas», como para indicar que son una creación artificial del propio Derecho. Pero un tipo y otro se manifiestan o expresan a través de las mismas virtualidades: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar jurídicamente.

2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

Según parece, la presencia de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar jurídicamente es la que constituye el núcleo esencial de la personalidad jurídica. Sin embargo, no siempre van juntas ambas capacidades, sino que ocurre a menudo que quien es titular de un derecho carece de capacidad para ejercerlo por sí mismo (caso de los menores de edad, de los incapacitados o de quien ha sido declarado en situación de quiebra). Y esta constatación demuestra, por una parte, que la capacidad de obrar jurídicamente no es un elemento esencial primario de la personalidad jurídica y aconseja, por otra, que se delimite con precisión ambos conceptos.

La *capacidad jurídica* de la persona es la aptitud intrínseca que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes, actuando como centro unificador independiente de los efectos de las relaciones jurídicas en las que interviene. Esta cualidad constituye el núcleo central o reducto mínimo de la personalidad jurídica, de modo que el carecer de capacidad jurídica equivale a no ser persona en Derecho. Por eso, ha de ser reconocida como indivisible y también como un bien indisponible, en cuanto que queda fuera del arbitrio de la voluntad del sujeto. Ella es y da la posibilidad de apropiación o atribución que permite a la persona actuar, adquirir, poseer, estar obligado y responder. Su eficacia unificadora y centralizadora de todos los derechos y deberes de que sea titular el sujeto se manifiesta, tanto en la unicidad de la personalidad jurídica como en la conexión de unidad de las diversas posi-

bles masas patrimoniales. De ahí que la posibilidad de adquirir o conservar la capacidad jurídica, aún en los supuestos en que se carece de la capacidad de obrar, contribuye a evitar algunos riesgos considerados gravemente perturbadores en la mayoría de las sociedades (como el de que el patrimonio hereditario sea desviado de la línea legítima de sucesión).

A su vez, la *capacidad de obrar jurídicamente* puede definirse, bien como la posibilidad que tiene el sujeto de realizar por sí mismo los derechos y obligaciones de que es titular, bien como aptitud para realizar actos dotados de eficacia jurídica. En todo caso, la capacidad de obrar jurídicamente dice siempre relación a un determinado acto o a un determinado conjunto de actos, siendo, en consecuencia, una cualidad divisible: puede tenerse la capacidad para realizar esta clase o conjunto de actos jurídicos y carecer al mismo tiempo de esa capacidad para la realización de otra clase o conjunto. O puede tenerse capacidad para realizar cualquier tipo de actos jurídicos. En este supuesto, se tiene una plena capacidad de obrar; en los demás sólo se tiene una capacidad de obrar limitada.

La capacidad que tiene cada sujeto de obrar jurídicamente viene determinada o delimitada sobre todo por su «estado civil», es decir, por la posición que ocupa en cada una de las diferentes situaciones típicas de la organización social [8], y por algunas circunstancias que (como las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico) dificultan o impiden el autogobierno. Estos factores son los que definen la extensión de la capacidad de obrar, de modo que ésta escapa también en gran medida a la iniciativa del sujeto. En efecto, éste no puede influir en el alcance de su propia capacidad de obrar más que de una manera indirecta (a través de las decisiones sobre la posición que va a ocupar dentro de la organización social), en aquellos casos en que está en su mano decidirlo.

II. Las «personas físicas» del derecho

El pensamiento jurídico moderno ha recibido de la filosofía cristiana y del individualismo kantiano y fichteano la *exigencia* de que «el hombre ha de ser en todo caso sujeto de Derecho» [9]. Esta idea se completa con la de que

[8] Así, por ejemplo, en la situación típica del matrimonio, se puede estar en las posiciones siguientes: soltero, casado, separado, divorciado o viudo. Y, en la situación de la nacionalidad, se puede ser nacional, extranjero o apátrida. Cada una de las posiciones tiene su influencia correspondiente sobre la capacidad de obrar de las personas.

[9] La persona es un dato primario y radical en el hombre (por cuanto éste es un ser con dignidad, un fin y no un medio, un sujeto y no un objeto), ya que él es el único ser terreno que tiene la cualidad de ser «señor de sus actos», dominador y artífice de su propia vida, sin allanarse a la posibilidad de que sea la naturaleza que hay en él la que le conduzca.

sólo el hombre es sujeto del Derecho, mientras que todos los demás seres, incluidas las especies superiores de animales, son *objetos* de la normación jurídica. En la trama de las relaciones jurídicas, los otros seres son para el hombre «cosas», realidades de las que se puede disponer; por eso, pueden convertirse en objetos de derechos reales. En cambio, los hombres sólo podrán ser para otro hombre sujetos de relaciones obligacionales.

Esto no obstante, el Derecho positivo puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiendo o ampliando su capacidad de proyección e interferencia sobre el mundo de las relaciones jurídicas, como puede también crear personalidades jurídicas artificiales. Ahora bien, el principio de base permanece inalterable: el hombre es naturalmente sujeto de Derecho, si bien el Derecho no acoge la personalidad humana anténtica y espontánea, sino sólo algunos sectores de la personalidad funcional o funcionaria que tiene el individuo en la estructura de la vida social.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, aunque en la actualidad se da una correspondencia básica entre ser hombre y ser persona jurídica, la personalidad jurídica no es atribuida o reconocida a todos los hombres en igual medida. Todos los individuos humanos coinciden en su personalidad jurídica radical o mínima, en cuanto que tienen idéntica capacidad jurídica; pero la capacidad de obrar jurídicamente está distribuida de manera muy desigual, según una serie de circunstancias o situaciones (como la edad, el sexo, la nacionalidad, la salud...) que pueden modificarla o restringirla. Y esa alteración de la capacidad de obrar jurídicamente puede ser tan fuerte que resulta prácticamente inexistente, por lo que se hace necesario recurrir a la vía de la *representación*, es decir, a esa institución que posibilita que otros sujetos designados por el propio ordenamiento jurídico ejerciten los derechos o cumplan las obligaciones de quienes son incapaces de hacerlo por sí mismos.

Además, hay que tener presente también que, aunque un sujeto tenga plena capacidad de obrar jurídicamente, no por ello puede hacer todo lo que se puede hacer normalmente en Derecho. En la medida en que se establecen determinadas circunstancias o condicionamientos para la realización de los actos jurídicos, la propia capacidad de obrar queda matizada o limitada [10].

Así pues, la tradicionalmente proclamada correspondencia entre la personalidad jurídica y la personalidad humana que ostentan los individuos es solamente nuclear, por cuanto se reduce a que todos los hombres tienen la capacidad jurídica básica.

---

[10] Así, por ejemplo, las condiciones que se exigen para poder actuar por sí mismo en el campo de las relaciones laborales son distintas de las que se requieren para otorgar testamento o contraer matrimonio.

III. Las «personas jurídicas» o colectivas

Las personas físicas no son los únicos sujetos de Derecho puesto que tal cualidad se atribuye también por el ordenamiento jurídico a ciertos entes a los que se da el nombre de *personas jurídicas* o personas jurídicas colectivas. Estos sujetos del Derecho están constituidos, bien por un conjunto de personas físicas, o bien por un conjunto de bienes a los que confiere unidad el hecho de estar organizados para alcanzar un fin, de tal modo que el ordenamiento jurídico los considera personas jurídicas, es decir, titulares de facultades y obligaciones jurídicas [11]. La existencia de este tipo de sujetos jurídicos creados por el Derecho no es, sin embargo, una construcción arbitraria, sino resultado de la necesidad de conseguir fines sociales que superan las posibilidades de acción de los individuos aislados. La prueba de esto está en el hecho de que el reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva por parte del Derecho depende más de su utilidad para la consecución de objetivos sociales deseables que de la existencia previa de una cierta personalidad social identificable [12].

1. Su naturaleza jurídica

La doctrina se ha planteado con insistencia el problema de la naturaleza jurídica de estos sujetos colectivos de Derecho y, como era de esperar, ha llegado a conclusiones bastante dispares.

Según la *doctrina de la ficción* [13], «las personas jurídicas» son sujetos jurídicos ficticios creados por los juristas a partir de la regulación contenida en el Derecho positivo, puesto que el sujeto de Derecho en sentido estricto ha de ser un sujeto dotado de voluntad propia, ya que, en caso contrario, no podrá actuar como centro de atribución de derechos y deberes. Las «personas jurídicas», sea cual sea la entidad social que está en su base, carecen de voluntad propia, por lo que, cuando el Derecho les atribuye la personalidad ju-

---

[11] La justificación del reconocimiento de subjetividad o personalidad jurídica a estos entes parece estar en la consideración de que son un instrumento necesario para alcanzar determinados fines económicos, políticos, culturales, religiosos, recreativos, etc., que requieren el concurso de una pluralidad de personas o de un gran cúmulo de bienes, sea por la magnitud de los medios empleados, sea porque su realización sobrepasa la duración de las vidas individuales.

[12] Así lo confirman los ejemplos contrapuestos de la «sociedad anónima» y de la «familia». La primera carece de toda sustantividad social previa. La segunda, en cambio, tiene una manifiesta consistencia o personalidad social previa. Pero los ordenamientos jurídicos reconocen personalidad jurídica a la sociedad anónima, mientras se la han venido negando tradicionalmente a la familia.

[13] Esta doctrina, sistematizada por Savigny y sus discípulos, tiene ya antecedentes muy claros en el Derecho romano y, sobre todo, en el Derecho canónico.

rídica, lo que hace es *fingir* que lo son, actuando *como si* existieran unos sujetos capaces de decidir por sí mismos [14].

En cambio, según otra *doctrina* que podría ser calificada de *realista*, las «personas jurídicas» o personas jurídicas colectivas poseen una personalidad jurídica tan genuina y verdadera como las personas físicas o naturales, ya que constituyen entes sociales con subjetividad propia y con capacidad de decidir por sí mismos; son sujetos con una unidad de pensamiento, de volición y de acción que los convierte en señores de sus actos. Y, al mismo tiempo, el fin social que encarnan les dota de una dignidad que sobrepasa con mucho la mera utilidad que ofrecen como instrumentos de fines particulares humanos. El hecho de que se reconozca personalidad jurídica a las personas colectivas no ha de resultar, por tanto, chocante, puesto que poseen por sí mismas una personalidad propia y distinta de la de los individuos que están integrados en ellas o que dirigen su gestión. De modo que su caso tiene una simetría precisa con el de las personas físicas o naturales [15].

A su vez, la *doctrina jurídica formalista* propugna que la subjetividad jurídica colectiva es una construcción técnica del Derecho, ya sea entendida como una especie de personificación mental de un conjunto de normas jurídicas (según afirmara KELSEN), ya sea explicada como atribución o reconocimiento de capacidad jurídica a un substrato social previo (conforme a la tesis de FERRARA). Según este autor, la construcción jurídica de la personalidad colectiva responde a la existencia de un fin objetivo supraindividual a cuyo servicio se pone una pluralidad de hombres o de bienes. Este substrato social previo, formado por la finalidad que se persigue y por los distintos medios puestos a su servicio, constituye el elemento material que recibe la investidura formal del Derecho a través del reconocimiento de la personalidad o capacidad jurídica.

Hay, por tanto, en todos los supuestos y teorías un elemento que resulta ser decisivo para la existencia de las personas jurídicas colectivas: el reconocimiento procedente del Derecho. Sin embargo, el valor de ese reconocimiento, a efectos de la constitución de la correspondiente personalidad jurídica, varía de unas teorías a otras. Para quienes afirman que las personas colectivas tienen por sí mismas una subjetividad social consistente, el reconocimiento del Derecho tiene un valor meramente declarativo, en cuanto que no hace más que confirmar o proclamar un rasgo poseído ya previamente. Para quienes, en cambio, defienden la teoría de la ficción o la tesis de la

[14] El postulado general de que la voluntad propia es imprescindible para que pueda hablarse de persona jurídica (postulado en que parece basarse la doctrina de la ficción) conduciría a negar la personalidad jurídica a los menores o incapaces, conclusión que no parece admisible.

[15] Esta conclusión parece, sin embargo, excesivamente optimista, puesto que ese paralelismo o simetría solamente podrá ser afirmado en algunas contadas ocasiones; con frecuencia, las personas jurídicas colectivas carecen de una correspondiente realidad social dotada de personalidad.

construcción formal, el reconocimiento del Derecho tiene un valor constitutivo, en cuanto que es el que crea la subjetividad jurídica que van a detentar las personas colectivas. Y, en estos casos, se plantea el problema de si los ordenamientos jurídicos, es decir, los Estados, pueden actuar arbitrariamente o si, por el contrario, están sujetos en su actuación a unos criterios que determinan qué entes colectivos han de ser reconocidos o no como personas jurídicas [16].

2. El contenido de su personalidad

Se ha planteado la cuestión de los límites de la capacidad jurídica de las personas jurídicas colectivas, en el sentido de preguntarse si es una capacidad en principio ilimitada o si está delimitada por el propio Derecho en el momento de su constitución. Pero esa cuestión no tiene obviamente una solución única. Las doctrinas que sostienen que las personas jurídicas colectivas son meras ficciones jurídicas o productos de una creación formal del Derecho afirman que su capacidad jurídica está inevitablemente recortada dentro de la línea que marca el interés o finalidad que ha motivado el reconocimiento del Derecho. En cambio, las doctrinas realistas concluyen que la capacidad jurídica de las personas colectivas es ilimitada, al menos tan ilimitada como la que corresponde a las personas físicas o naturales.

En realidad, no parece que la subjetividad de las personas jurídicas colectivas tenga límites prefijados apriori de manera general. Pero es obvio que, tanto su propia capacidad jurídica como la capacidad de obrar confiada a los órganos mediante los que actúan, se encuentran sometidas a las limitaciones dimanantes de su propia finalidad constitutiva y de la regulación otorgada por el ordenamiento jurídico. Según la finalidad o interés en torno a los cuales se ha constituido cada persona y según la regulación del Derecho, será distinta la capacidad jurídica de unas y otras personas jurídicas.

Esta consideración sintoniza con el ya conocido principio de que las personas jurídicas (si bien tienen un substrato real, es decir, existen y subsisten en el seno de la vida social como grupos organizados o como conjuntos de bienes vinculados a un fin) tienen una subjetividad jurídica que procede

[16] En este punto, resulta imposible formular una respuesta de validez general, ya que es un problema profundamente mediatizado por valoraciones éticas y políticas. Sin embargo, sí es posible apuntar dos consideraciones genéricas que podrían ser generalmente aceptadas. Una de ellas es la reflexión de que no parece razonable que el reconocimiento o atribución de la personalidad jurídica a los entes sociales colectivos pueda decidirse en forma totalmente arbitraria. La otra consideración apunta la idea de la utilidad social como criterio de decisión. Habrán de ser reconocidos, por tanto, como personas jurídicas aquellos entes sociales que sean necesarios o notablemente convenientes para un más fácil logro de aquellos fines de la vida humana que exigen la cooperación de una pluralidad de hombres o de bienes.

del reconocimiento del Derecho. Y este dato significa que ese reconocimiento, tanto si se le asigna una eficacia constitutiva como si se le atribuye una eficacia solamente declarativa [17], es el que define el alcance de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar que corresponde a cada una de las personas jurídicas.

Por lo demás, como las personas jurídicas colectivas carecen de la posibilidad de ejercer diretamente su capacidad de obrar, han de actuar siempre en Derecho a través de unos órganos; ellas son los sujetos titulares de los derechos y las obligaciones, pero no pueden actuarlos sino mediante los órganos. Estos órganos pueden estar integrados por un individuo único (órgano unipersonal) o por una pluralidad de personas individuales (órgano colegiado), pero siempre actúan como voluntad unitaria, de tal modo que los efectos jurídicos de sus actos se atribuyen a la persona jurídica colectiva y no al individuo o individuos que actúan directamente [18]. Para que estos efectos se produzcan, los individuos que integran el órgano han de estar nombrados según las correspondientes normas estatutarias o legales, han de actuar en nombre de la persona jurídica a la que representan y han de hacerlo de acuerdo con las competencias que tienen atribuidas [19].

3. Clases de personas jurídicas

La división más clásica de las personas jurídicas es aquella que las distingue por referencia a las realidades que están integradas en ellas como elementos constitutivos primarios. Desde este punto de vista, es habitual seña-

---

[17] Este aserto podría parecer irreal en relación con las «personas físicas», puesto que se admite generalmente que la personalidad jurídica le corresponde a todos y cada uno de los hombres por el simple hecho de serlo. Sin embargo, la constatación histórica de la falta de correspodencia entre el carácter de hombre y la posesión de personalidad jurídica obliga a reconocer que ésta última no es una cualidad natural sino un carácter atribuido por el Derecho. En todo caso, la afirmación de la tesis en relación con las «personas jurídicas» resulta fácilmente asimilable, puesto que resulta más evidente que su personalidad o subjetividad jurídica procede directamente del reconocimiento contenido en el ordenamiento.

[18] Tal como ha advertido L. LEGAZ, la situación jurídica de órgano convierte al individuo en una especie de «estación de tránsito» de la atribución o imputación jurídica, puesto que los actos que realiza no le son atribuidos a él como suyos, sino que le son imputados a la persona jurídica de la que él es y actúa como órgano.

[19] En relación con estos órganos, se ha afirmado tradicionalmente que son una especie de representantes legales, pero esta visión parece haber entrado en franca recesión. En la actualidad, se está imponiendo la opinión de que las personas físicas investidas de la potestad de manifestar válidamente la voluntad de las personas jurídicas actúan, no como sujetos jurídicos diferenciados que la representan legalmente, sino más bien en virtud de una relación orgánica, es decir, como partes vivas de su estructura organizativa. En esa medida, la voluntad manifestada por ellas se identifica con la voluntad de la persona jurídica. Hay, pues, un sólo sujeto que manifiesta su voluntad por medio de un órgano suyo y no, como en el caso de la representación, una dualidad de sujetos en la que uno actúa su propia voluntad distinta en nombre y para interés del otro.

lar estos tres tipos básicos: las *asociaciones* (y sociedades), las *fundaciones* y las *corporaciones* (e instituciones) [20].

Las «asociaciones» y sociedades están constituidas por una pluralidad de personas físicas que actúan con una concordancia unitaria de voluntades en orden a conseguir unos fines predeterminados. Es esa concordancia de voluntades la que da nacimiento a la persona jurídica, la que determina su finalidad y la que establece los procedimientos de actuación. Puede y suele estar presente en ellas también el elemento patrimonial y el elemento finalista o intencional, pero prevalece el elemento personal, de tal modo que el patrimonio o los fines son sólo elementos accesorios e instrumentales, si bien estos elementos secundarios sean precisamente los que determinan los distintos subtipos de asociaciones: lucrativas, benéficas, deportivas, culturales, religiosas, políticas, científicas, etc..

En cambio, las «fundaciones» están constituidas por un conjunto de bienes destinados a alcanzar un fin; puede estar presente en ellas el elemento personal, pero prevalece el elemento patrimonial, siendo éste su elemento necesario y esencial [21]. Y, por fin, las «corporaciones» se caracterizan por concitar simultáneamente el elemento personal y el elemento intencional de los fines o funciones que les corresponde realizar dentro de la vida social. En virtud de esos fines a los que tienden, las corporaciones están dotadas de un especial rango y prestancia que les confiere al mismo tiempo una cierta posición de supremacía.

Otra clasificación bastante extendida es la que distingue entre las *personas de Derecho público* y las *personas de Derecho privado*, atendiendo fundamentalmente al carácter del núcleo de derechos que corresponde a unas u otras personas [22]. Desde este punto de vista, se dice que son de Derecho público aquellas personas jurídicas que pueden ejercitar en sus relaciones con otras personas el «ius imperii» o derecho de mando, es decir, aquellas que adoptan en esas relaciones una posición caracterizada por la superioridad. Y son de Derecho privado las que no disponen del derecho de mando, sino que han de adoptar posiciones de igualdad. Pero estos dos tipos de personas jurídicas han sido caracterizados también atendiendo al interés que reviste la

---

[20] Esta distinción tiene su origen en la contraposición romanista entre la «universitates personarum» y las «universitates rerum».

[21] Hay también personas colectivas, como la *Institución*, el *Establecimiento* o la *Empresa* que presentan una mezcla de elementos personales y patrimoniales, de tal modo que la doctrina duda entre asimilarlas a las «Fundaciones» o a las «Asociaciones». En efecto, tienen, por una parte, una masa de bienes afecta a un fin y, por otra, una pluralidad de personas. Pero estas personas no son, como en las Fundaciones, meros gestores al servicio de un fin central, sino órganos personales de la propia persona jurídica.

[22] Obsérvese la correspondencia que hay entre la problemática tratada en este punto y la que fue objeto de consideración en la pregunta III de la **Lección XI** (distinción entre «relaciones jurídicas de Derecho público» y «relaciones jurídicas de Derecho privado»).

finalidad que persiguen; si esa finalidad es de carácter público, las personas que la ostentan son de Derecho público, si, en cambio, el fin general perseguido reviste interés solamente para los miembros de la correspondiente persona colectiva, se estará ante personas jurídicas de Derecho privado [23].

[23] No siempre será claro, sin embargo, cuándo existe un interés público y cuándo existe solamente un interés privado; a menudo, las personas jurídicas que parecen perseguir unicamente intereses propios de sus miembros afectan también al interés público.

LECCION XIV

DERECHO SUBJETIVO

I. La presencia de esta categoría en la doctrina jurídica a través de la historia

A pesar de que, según parece, la primera vivencia que el hombre tiene de la «jurídicidad» es la experiencia del Derecho como *derecho subjetivo*, es decir, el sentimiento de una serie de facultades o poderes que le corresponden a él mismo para hacer algo, para reclamar de otro que lo haga o para exigir de los demás que no perturben o interfieran la propia acción, se acepta generalmente que la elaboración técnica de ese concepto se ha producido en un momento bastante tardío de la historia de la reflexión científica sobre el Derecho. Así, es frecuente observar cómo la natural vinculación de ese concepto con el pensamiento individualista hizo que no apareciese hasta que se produjo la irrupción del individualismo, tanto filosófico como político.

En la **antigüedad** no existió ni pudo existir una noción de «derecho subjetivo» como poder o facultad que tiene el individuo frente a los otros individuos o frente al propio Estado, tal como se concibe en la actualidad, ya que la idea misma de subjetividad jurídica como realidad independiente del Derecho objetivo del Estado estaba radicalmente ausente de la mentalidad jurídica de la época [1]. El individuo era *sui iuris* por su integración en la colectivi-

[1] Algunos autores sostienen que esta conclusión no es aplicable a los juristas romanos, puesto que ciertas expresiones utilizadas por ellos (como «habere ius», «transferre ius» o «ius suum conservare») inducen a pensar que el término *ius* era entendido en un sentido subjetivo, implicando el reconocimiento de un cierto núcleo de disponibilidad. A estos efectos, se citan a menudo algunos textos de Ulpiano o de Gayo que parecen definitivos. Así, la conocida definición que el primero dio de la justicia como «dar a cada uno su derecho», su afirmación de que «nadie puede transmitir a otro más derecho que el que él tiene» o el lema establecido por Gayo, en particular referencia al trato dispensable a los esclavos, de que «no debemos usar mal de nuestro derecho».

dad social a través de su pertenencia al respectivo *status*, no por su propia personalidad. Por otra parte, dado que el interés predominante era el interés colectivo, resultaba sumamente difícil pensar en un «derecho» que protegiera los intereses particulares frente al interés general.

La subjetivación del viejo concepto romano del Derecho llegó en la **baja Edad Media** de la mano de una controversia teológico-jurídica: la mantenida entre la Orden franciscana y el Papado en torno a la cuestión de la pobreza evangélica. En concreto, parece haber sido G. de Occam el que introdujo la visión del Derecho como *potestad* o poder que corresponde a un sujeto de usar una cosa (*ius poli*) o de reivindicarla en juicio como propia (*ius fori*). El primero es un simple derecho de uso; el segundo constituye el derecho subjetivo en sentido fuerte y coincide con el poder central de la propiedad. Según Occam, es «la potestad humana principal de vindicar en juicio una cosa temporal y de utilizarla de cualquier modo no prohibido por el derecho natural».

A su vez, la **Escolástica española** de los siglos XVI y XVII contribuyó ampliamente a consolidar la visión subjetiva del Derecho como poder o facultad de disposición sobre las cosas, insistiendo en ella por su gran utilidad, como señalara expresamente L. de Molina. Sin embargo, los autores de este período se mantuvieron fieles al mismo tiempo a la dimensión objetiva del Derecho como lo justo y como orden establecido por los distintos niveles o clases de leyes. En este aspecto no hay grandes diferencias entre dominicos y jesuitas, como demuestran los planteamientos de D. de Soto, L. de Molina o F. Suárez. Según este autor, «suele llamarse propiamente derecho a cierto poder moral que uno posee sobre lo suyo o lo que le es debido». Y D. de Soto había definido al derecho en su sentido subjetivo como «la facultad de disponer y usar libremente de las cosas».

Finalmente, el proceso de consolidación de la noción de derecho subjetivo culminó en el llamado **iusnaturalismo racionalista** de los siglos XVII y XVIII con la proclamación de los derechos que corresponden a los hombres por imperativo de su propia naturaleza y que la organización social ha de reconocer, consagrar y garantizar a través de las leyes. En ese momento histórico, el «derecho subjetivo» pasó a ocupar el centro del orden jurídico general anteponiéndose al Derecho establecido por la organización social, en el sentido de que este Derecho, como la propia organización política, se ponía al servicio del reconocimiento y la salvaguardia de los derechos subjetivos naturales. Así, el centro de gravitación de las constituciones liberales de la época se situó en las declaraciones de derechos que indefectiblemente incorporaban.

La **elaboración posterior** desarrollada durante los siglos XIX y XX ha cerrado, por el momento, el ciclo histórico del derecho subjetivo a través de una extensa e intensa profundización en sus problemas teóricos más impor-

tantes, que lo ha convertido en una especie de centro y justificación de toda posible explicación científica del Derecho, tanto dentro de la vertiente iusprivatista como de la dimensión iuspublicista.

II. Naturaleza y contenido del derecho subjetivo

La tarea de fijar el perfil conceptual del «derecho subjetivo» resulta siempre extremadamente complicada y difícil, al hallarse mediatizada por múltiples interferencias entre las que cabe destacar el carácter histórico y, por tanto, evolutivo de esta categoría jurídica, sus inevitables implicaciones sociales, políticas e ideológicas y la variedad de ámbitos y esferas en las que es operativa. No sería, en consecuencia, razonable adentrarse en un análisis pormenorizado de todos los diferentes aspectos que ofrece o de todas y cada una de las doctrinas que han pretendido explicarlo. Antes bien, parece preferible seleccionar algunos puntos o posiciones que sean capaces de proporcionar una idea aproximativa fundamental.

1. Naturaleza

La historia de la teoría del derecho subjetivo ha puesto de manifiesto con claridad más que suficiente que esta cuestión de la naturaleza jurídica ha sido una de las más intrincadas y debatidas en todo momento, hasta el punto de que resulte difícil tomar en consideración todas las soluciones propuestas por los diferentes autores. Por eso, se hace inevitable limitar la referencia a las doctrinas más significadas.

A) *La teoría de la voluntad*

Según la doctrina defendida por Savigny y Windscheid, el derecho subjetivo es un poder atribuido a la voluntad del sujeto, un ámbito de «señorío de la voluntad», una esfera de autonomía que el ordenamiento jurídico pone a disposición del individuo, junto con la protección correspondiente. Por otra parte, conforme a esta concepción, esa iniciativa soberana de la voluntad individual puede manifestarse en dos diferentes direcciones: bien provocando el nacimiento, cambio o desaparición de derechos propios, o bien exigiendo de otro sujeto algún comportamiento previsto en la norma que ampara el derecho propio.

Esta caracterización choca, sin embargo, con varios inconvenientes que la doctrina se ha encargado de poner al descubierto. En efecto, hay algunos

sujetos, como los incapaces, que, teniendo una plena titularidad sobre ciertos derechos subjetivos, no pueden poner en éstos el pertinente núcleo de voluntariedad, bien porque carecen de una voluntad psicológica efectiva, bien porque no pueden manifestarla válidamente. Y hay también derechos (los derechos sin sujeto) que subsisten al margen de la voluntad y hasta del conocimiento de un titular. E incluso es posible afirmar la existencia de derechos subjetivos que han nacido y subsisten al margen de la voluntad psicológica de su titular y hasta a pesar de la voluntad contraria de sus titulares, tal como puede ocurrir en el caso de los derechos irrenunciables.

B) *La teoría del interés*

Según IHERING, el derecho subjetivo debía caracterizarse como «un interés jurídicamente protegido», como aquel interés que está respaldado por una protección jurídica cuya efectividad depende de la iniciativa del propio titular. Hay, pues, en todo derecho subjetivo dos elementos: el interés del sujeto y el procedimiento jurídico de defensa. El primero es interno y sustantivo; el segundo es exterior y formal. Pero ambos son igualmente necesarios para que pueda hablarse de derecho subjetivo, ya que, si no cuenta con el correspondiente procedimiento de protección, cualquier interés seguirá siendo importante, pero no se constituirá en derecho subjetivo. A su vez, JELLINEK, siguiendo básicamente la línea de IHERING, aunque injertándole la intervención de la voluntad del sujeto, definió al derecho subjetivo como «un interés tutelado por el ordenamiento jurídico mediante un poder atribuido a la voluntad individual». En definitiva, según esta concepción, el contenido nuclear del derecho subjetivo está constituido por el interés que el sujeto tiene en relación con alguna realidad del mundo social, si bien sea imprescindible la presencia de una regulación jurídica que ponga a disposición de ese sujeto la correspondiente protección del ordenamiento.

Es evidente, sin embargo, como ha sido señalado ya por varios autores, que puede ocurrir que un titular no tenga ningún interés en su propio derecho subjetivo e, incluso, que tenga verdadero interés en no ejercerlo ni ser titular del mismo [2]. Y, por otra parte, hay intereses cuya realización está respaldada por el ordenamiento jurídico y que no constituyen, sin embargo, derechos subjetivos. Por ejemplo, el desarrollo económico progresivo, el nivel de vida adecuado o el buen funcionamiento de los servicios públicos.

[2] Como puede ocurrir en relación con el derecho a defender la patria, con el derecho de tutela sobre los hijos o con el derecho al trabajo.

C) *La teoría de la posición jurídica*

Con diferentes matices, esta teoría ha sido mantenida por varios autores adscritos al institucionalismo, al sociologismo, al comunitarismo o al normativismo formalista, entre los que cabe mencionar a HAURIOU, DUGUIT, LARENZ o KELSEN [3]. Pero, sin duda, la exposición más rigurosa y representativa ha sido formulada por este último.

H. KELSEN ha afirmado que el llamado «derecho subjetivo» se identifica con el Derecho objetivo en cuanto que queda reducido a la posibilidad que reconocen ciertas normas de poner en funcionamiento los mecanismos previstos en ellas para hacer que determinados sujetos cumplan los deberes jurídicos que les incumben. Según sus propias palabras, «la esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación». Puede decirse, por tanto, que, en última instancia, el derecho subjetivo no es más que la posición en que las normas jurídicas colocan al sujeto cuando ponen en sus manos la posibilidad de desencadenar el proceso que conducirá a la realización de las consecuencias jurídicas previstas en las propias normas. Pero no hay en este supuesto ningún poder o capacidad de decisión de la voluntad humana que sea aceptado y respaldado por el ordenamiento jurídico; el derecho subjetivo sólo existe en la medida en que ha sido creado por las normas al incorporar la manifestación de la voluntad del sujeto como condición de la imposición de una sanción.

Y, por eso, puede advertirse que esta visión, más que explicitar una doctrina acerca de la naturaleza del derecho subjetivo, lo que hace es diluirlo en las posiciones o situaciones surgidas dentro del esquema de las relaciones que guardan entre sí las diferentes normas del ordenamiento. En esa medida, debería citarse más bien como teoría negadora de la existencia del derecho subjetivo.

D) *Otras teorías*

Además de estas teorías particulares especialmente destacables, hay que constatar la presencia de doctrinas que definen al derecho subjetivo mediante conceptos integradores de carácter pluridimensional en los que se combinan los tres elementos básicos señalados: voluntad, interés y normación jurídica. Y se registran asimismo posiciones en las que el concepto de derecho

[3] Hay que tener en cuenta que la mayor parte de estos autores son citados habitualmente entre las posturas que niegan de una u otra forma la existencia del derecho subjetivo.

subjetivo queda expresamente excluido o debilitado hasta el extremo de ser totalmente irrelevante.

Por otra parte, hay una cuestión que aparece casi siempre que algún autor intenta precisar la naturaleza o caracterización fundamental del derecho subjetivo: su autonomía sistemática respecto del Derecho objetivo. ¿Es anterior a éste en alguna medida o no es más que una creación suya? Según una visión tradicional de corte iusnaturalista, los derechos subjetivos preexisten al Derecho objetivo, de tal modo que a éste sólo le corresponde la misión de garantizar su protección. Pero, según el enfoque de la doctrina positivista, el derecho subjetivo sólo existe en tanto en cuanto ha sido reconocido (es decir, creado) por el Derecho positivo.

Parece, sin embargo, que no puede darse una solución uniforme y única a la cuestión de la relación de dependencia del «derecho subjetivo» respecto del Derecho objetivo. Hay, en efecto, unos derechos subjetivos (los fundamentales) que preceden existencialmente al Derecho positivo, en cuanto que se le imponen como previos y condicionan su existencia. Y hay otros derechos subjetivos (los ordinarios) que sólo existen como tales derechos en la medida en que hayan sido establecidos por los ordenamientos jurídicos positivos. Pero en la base de todos ellos hay un dato de vida humana social que se constituye en núcleo de la estructura normativa cuyo diseño final llevan a cabo las reglas jurídicas positivas.

2. Contenido

Aunque parece estar iniciándose una nueva tendencia [4], sigue siendo habitual que, al intentar aclarar el contenido del derecho subjetivo, se insista solamente en el haz o conjunto de posibilidades de acción que están a disposición del titular del derecho y que suelen designarse con el nombre de *facultades*. El número de esas facultades varía notablemente de unos derechos subjetivos a otros. Así, el derecho de propiedad atribuye a su titular una gran variedad de facultades o posibilidades de acción: uso, venta, permuta, gravamen, donación, aprovechamiento de los frutos, préstamo, hipoteca, arrendamiento... y hasta destrucción. En cambio, el derecho de uso en sí mismo no

[4] En la actualidad, la doctrina tiende a delimitar el contenido del derecho subjetivo a través de la consideración de los dos elementos fundamentales que, según parece, le definen en última instancia: la licitud de la actuación y la pretensión jurídica. Por una parte, el derecho subjetivo determina la licitud de la actuación del sujeto en un ámbito concreto, al acotar la esfera de la libertad en la que ese sujeto puede actuar para la satisfacción de sus propios intereses de modo que su acción esté tutelada por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, atribuye al sujeto la posibilidad de hacer que entre en funcionamiento la tutela del ordenamiento jurídico, en el supuesto de que el disfrute de las posibilidades de acción que le proporciona la esfera de la libertad protegida por el derecho subjetivo se vea perturbada o amenazada.

otorga más que la posibilidad de utilizar el objeto para realizar las funciones que le son inherentes. Por otra parte, aunque es imposible separar la existencia del derecho subjetivo de la existencia del haz o núcleo de facultades que contiene, no puede identificarse al derecho con esas facultades, ya que éstas pueden faltar sin que llegue a desaparecer el derecho mismo [5].

Estas facultades que constituyen el contenido del derecho subjetivo ponen a disposición del sujeto titular una esfera o campo de acción que contiene estos tres sectores fundamentales: «uso y disfrute», «disposición» y «pretensión».

En virtud de la facultad de *uso y disfrute*, el derecho subjetivo atribuye a su titular la posibilidad de realizar en paz y libertad las acciones que el propio derecho le garantiza. La designación de esta posibilidad como facultad de «uso y disfrute» se acomoda a la estructura de algunos derechos subjetivos mejor que a la de otros. Así, es fácil percibir ese uso o disfrute en el derecho de propiedad o en el derecho de vistas, mientras que resulta más difícil verlo en un derecho de crédito o en el derecho de visita que tiene el cónyuge separado que no convive con sus hijos. Pero todo derecho subjetivo atribuye a su titular un ámbito de actuación que está a su servicio y dentro del cual puede moverse libremente. En este sentido y con este alcance puede hacerse la afirmación general de que el «uso y disfrute» forma parte del contenido del derecho subjetivo.

Igualmente, el derecho subjetivo incluye siempre la posibilidad de *disposición* sobre el mismo, es decir, la facultad de adoptar decisiones definitivas sobre su ejercicio, su conservación, su modificación o su extinción, dentro de los límites que su propia estructura o la pertinente regulación jurídica impongan. Esta posibilidad tiene, por lo demás, la importancia y autonomía suficientes para ser analizada en un apartado específico distinto del dedicado al «uso y disfrute», a pesar de que habitualmente se le mantenga diluido en éste. En efecto, los derechos subjetivos, además de hacer posible que el titular use y disfrute por sí y para sí de las facultades que atribuye, ponen al mismo tiempo en sus manos la posibilidad de entregar esas facultades a otro u otros sujetos (sea temporalmente, sea en forma definitiva, ya a título oneroso, ya a título gratuito). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, entre los derechos subjetivos, se encuentran algunos que no son susceptibles de disposición, bien por pertenecer a una estirpe de derechos «naturalmente» indisponibles (como los llamados *personalísimos*), bien por haber sido expresamente excepcionados por el ordenamiento jurídico.

---

[5] Aunque el titular de un derecho subjetivo de propiedad se vea privado de todas las facultades de disposición del objeto de esa propiedad, en virtud de una decisión judicial que le incapacita para administrar sus bienes o que decreta el embargo de los mismos, sigue siendo propietario; su derecho de propiedad no desaparece.

Y, junto a estas facultades que afectan directamente a los elementos de la estructura interna del derecho, los derechos subjetivos garantizan también la posibilidad de ejercitar una serie de *pretensiones* que tienen por finalidad la intervención de otros sujetos en su proceso de realización. Esta intervención puede consistir en el cumplimiento de las obligaciones (positivas o negativas) que forman parte de la estructura del derecho [6] o en la adopción de medidas jurídicas de protección.

Evidentemente, los tres sectores de adscripción de las facultades que atribuye el derecho a su titular están casi siempre presentes en todos los derechos subjetivos. Pero no todos los sectores son igualmente visibles en todos los derechos. En los «derechos relativos» o relacionales, como el derecho de crédito, destacará más el sector de la pretensión, aunque se mantendrá normalmente en una especie de estado de hibernación o letargo, del que saldrá sólo en momentos muy concretos de realización. En cambio, en los «derechos absolutos» (como el derecho de propiedad), se percibirá con mayor facilidad el sector del uso y disfrute. Y el sector de la disposición, aunque está siempre presente (salvo las excepciones ya indicadas), se mantiene por lo general en el nivel de la potencialidad, por lo que su visibilidad es muy reducida.

III. Tipología básica

Dada la multiplicidad de criterios que pueden ser utilizados en la ordenación o agrupación de los derechos subjetivos, resulta patente que las posibilidades de clasificación son prácticamente ilimitadas. Pero una referencia completa o simplemente generosa resultaría disfuncional en este lugar. Por eso, el repaso o recuerdo se limitará a las manifestaciones más comunes.

1. Atendiendo al alcance o extensión de la exigibilidad, los derechos subjetivos se dividen habitualmente en *absolutos* y *relativos*. Son derechos «absolutos» aquellos que pueden ejercitarse frente a todos los demás sujetos de un determinado orden jurídico, es decir, los que originan un deber general de respeto. Son derechos «relativos» aquellos que atribuyen un poder o facultad que sólo puede ser ejercido frente al sujeto o sujetos que asumieron el compromiso de realizar una determinada conducta. Los primeros pueden ser, además, de dos tipos: personalísimos (como la vida, el nombre, el honor, la propia imagen, etc.), que conciernen a la persona en sí misma, y reales, que recaen sobre objetos del mundo exterior al sujeto. Pero, en todo caso, se

[6] Por ejemplo, entregar la cosa, pagar el precio, devolver el préstamo, realizar la obra, no perturbar la posesión pacífica, no impedir el disfrute...

caracterizan porque pueden ser lesionados por cualquier sujeto y, consecuentemente, gozan también de una protección que tutela su ejercicio de forma universal.

En ocasiones, se ha entendido que los derechos «absolutos» son aquellos que proporcionan una facultad o poder ilimitado de disposición. Pero esta visión es manifiestamente contraria a la propia estructura relacional de los derechos y a su inevitable funcionalidad social. En cuanto que existe dentro de una determinada organización social, todo derecho subjetivo es limitado en su alcance. Por eso, su ejercicio puede llegar a ser abusivo o desproporcionado cuando se hace un uso anormal de los poderes o facultades que tal derecho incluye, de tal modo que se produce una molestia o daño injustificado a los demás. La convivencia ordenada exige que la realización del propio derecho se haga siempre dentro de ciertos límites de corrección y buena fe. En caso contrario, se cae en «abuso del propio derecho» [7]. Por otra parte, los derechos «absolutos» se caracterizan también por generar deberes predominantemente negativos, es decir, obligaciones de abstenerse de los comportamientos que lesionen o perturben su pacífico disfrute, mientras que los derechos «relativos» pueden dar lugar a deberes negativos o a obligaciones positivas.

2. A su vez, atendiendo al carácter de las facultades o posibilidades de acción que atribuyen, se distinguen los derechos subjetivos *de libertad*, los derechos subjetivos *de pretensión* y los derechos subjetivos *de modificación jurídica*.

Los llamados derechos subjetivos «de libertad» son aquellos cuyo contenido central está constituido por la posibilidad de actuar libremente en alguno de los múltiples ámbitos de la vida humana. Estos derechos afectan de manera directa e inmediata a la conducta de los propios titulares, si bien comportan también un deber universal de no realizar ningún tipo de actividad que impida o dificulte gravemente su disfrute.

Los derechos subjetivos «de pretensión» se caracterizan por hacer referencia de forma directa e inmediata a la conducta de sujetos distintos del titular, de tal forma que el contenido de los mismos se resuelve finalmente en la posibilidad de exigir de otro que realice algún comportamiento o prestación de carácter positivo.

Los derechos subjetivos «de modificación» serían aquellos que atribuyen la facultad de adoptar decisiones relativas a la existencia de las situaciones,

[7] El actual Derecho español recoge esta figura en el artículo 7.2 del Código Civil, estableciendo que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

las relaciones, los derechos o los deberes jurídicos, ya sea para provocar su nacimiento, ya sea para modificar su configuración o ya sea finalmente para extinguirlos [8]. Este tipo de derechos da, sin embargo, la impresión de no contar con un grado mínimo de autonomía funcional, apareciendo más bien como facultades accesorias de algunos otros derechos, especialmente de los derechos de libertad. En efecto, el derecho que asiste al propietario de vender su propiedad, el derecho que tiene el copropietario de promover la división de la cosa común o el derecho del arrendador a deshauciar al inquilino que se niega a satisfacer el precio del arrendamiento son realmente facultades inherentes al derecho básico de propiedad.

3. Por razón del carácter del sujeto frente al que se tiene el interés o el poder jurídicamente protegido, se distinguen los derechos subjetivos *públicos*, que son los que atribuyen facultades que corresponden a los sujetos en sus relaciones con el Estado, y los derechos subjetivos *privados*, que son aquellos cuyo contenido de facultades o posibilidades de acción tiene como correlato inmediato el comportamiento de sujetos particulares.

4. Se menciona también, siguiendo una vieja tradición que se fija sobre todo en el objeto o término referencial del poder que atribuyen, la distinción entre los derechos subjetivos *reales* y los derechos subjetivos *obligacionales*, según que las facultades que atribuyen al sujeto afecten a la disponibilidad de las cosas o al control sobre las conductas de otras personas.

5. Y asimismo, por razón de la raiz o fundamento que sostiene su existencia y su importancia dentro del respectivo ordenamiento jurídico, se distinguen los derechos subjetivos *fundamentales* y los derechos subjetivos *ordinarios*, normales o no-fundamentales. Los primeros son aquellos que corresponden al hombre por exigencias de su propia naturaleza racional y que, en consecuencia, todos los hombres poseen por igual con independencia y antes de que les sean reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos. Los segundos son los que deben su existencia al reconocimiento de los ordenamientos jurídicos positivos, de tal modo que los individuos los ostentarán o no según la situación y circunstancias jurídicas en que se encuentren situados dentro del respectivo ordenamiento.

[8] Así, el derecho del copropietario a pedir la división de la cosa común o el derecho del arrendador de desahuciar al arrendatario, en los supuestos legalmente previstos.

LECCION XV

EL DEBER JURIDICO

Tal como se ha visto al explicar su estructura y su contenido en la **Lección XII**, el deber es un elemento tan indefectible y central de las normas jurídicas que la afirmación de que no contienen en sí mismas la obligación de cumplimiento resulta inmediatamente paradójica, puesto que contradice su propia existencia. El Derecho, como cualquier posible norma de conducta, es impensable sin el elemento del deber de cumplimiento de las directivas o mandatos de comportamiento que dirige a los destinatarios. Otra cuestión es que el deber que las normas jurídicas imponen vincule directamente a los ciudadanos o a los órganos del Estado [1]. Pero la imposición de deberes a los sujetos a los que se dirige es, como ya señalaran los clásicos, uno de los efectos inmediatos del Derecho. Ese es el camino más directo y natural para que la normatividad jurídica pueda realizar su propia finalidad constitutiva dentro de la organización social. En consecuencia, es inevitable proclamar el carácter necesario de la vinculación entre las reglas de Derecho y el correspondiente deber jurídico. Lo difícil es determinar qué es o en qué consiste propiamente ese deber.

I. Deber jurídico y deber moral

La predominante dimensión moral que ha tenido tradicionalmente el problema de la obediencia a las leyes sigue gravitando todavía sobre el tema

[1] Aunque esta cuestión sigue sometida a debate, parece razonable atenerse al siguiente punto de vista: hay normas que sólo imponen deberes inmediatos a los ciudadanos, hay normas que obligan directamente a los organos estatales y hay normas que obligan por igual a ciudadanos y órganos estatales.

del deber jurídico, hasta el punto de que el deber moral actúa como referencia permanente de la mayor parte de los estudios especializados. En ese sentido, puede ordenarse el panorma de las doctrinas sobre el deber jurídico en dos grandes direcciones: la que lo identifica con el deber moral o lo entiende según la modalidad del deber moral y la que lo explica según un sentido radicalmente alejado de cualquier tipo de implicaciones morales.

1. El deber jurídico como deber de conciencia

En la antigüedad, el deber de cumplir lás leyes que regían el desarrollo de la vida social se vio como un deber simplemente religioso, es decir, como una obligación que tenían los hombres en relación con el orden establecido por la divinidad. Era un deber de acatamiento pleno y profundo; era un deber en conciencia. Más tarde, cuando (al parecer por obra del estoicismo) se produjo un avance cualitativo en el proceso de secularización de la ética, siguió entendiéndose que el deber que tenían los hombres frente a la ley (o derecho) natural era un deber de conciencia. Y, con el desarrollo cristiano de la doctrina estoica, se generalizó la convicción de que la obligación que tienen los súbditos de cumplir el Derecho Natural y también (al menos en principio) las leyes positivas humanas era una obligación interna o en conciencia. En este último supuesto, bajo condición de que las leyes fuesen justas, es decir, por lo menos, «negativamente» conformes con la ley natural. Así pues, por razón del contenido y del fundamento, se daba una plena coincidencia entre los deberes relativos a la ley moral y los relativos a las leyes jurídicas.

Esta misma visión fue asumida también por la mayoría de los autores del iusnaturalismo racionalista en lo que afectaba al contenido o carácter del deber. En cambio, en lo relativo al fundamento de ese deber, esos autores sustituyeron la imposición de una autoridad exterior por la aceptación personal del sujeto, que parece llevar implícita el contrato al que se atribuye el origen de la sociedad.

Pero, finalmente, con la contraposición entre Moral y Derecho llevada a cabo por TOMASIO y posteriormente por KANT, se abre paso la doctrina de la neutralidad moral del deber jurídico. En efecto, según TOMASIO, mientras que las reglas de la honestidad (= Moral) obligan en el fuero interno, las reglas de la justicia (= Derecho) imponen sólo deberes externos y coactivos. Y, según KANT, el deber moral es un deber interno que sólo puede fundamentarse en la existencia de una ley racional autónoma universalizable, en tanto que los deberes jurídicos son externos, nacen de una ley heterónoma y se realizan con independencia de cuál sea el motivo que mueve al agente.

Sin embargo, la exigencia kantiana de la autonomía como carácter constitutivo de la ley moral y, en consecuencia, como elemento esencial de los deberes éticos propiamente dichos, indujo a un gran número de autores a supeditar la existencia de cualquier verdadero deber a la aceptación autónoma de la voluntad del individuo y, en consecuencia, a caracterizar al deber jurídico como un auténtico deber moral. En la doctrina desarrollada por R. LAUN a comienzos de este siglo tenemos una versión paradigmática de esta manera de entender el deber jurídico.

Según LAUN, cualquier regla de conducta, para ser veradera norma, ha de ser autónoma y las normas heterónomas sólo son, en última instancia, hechos de fuerza. Por tanto, los preceptos del legislador estatal, si no son reconocidos y aceptados por los súbditos como verdaderas normas que han de regir su comportamiento, es decir, si no se constituyen para los súbditos en normas autónomas, seguirán siendo simples mandatos heterónomos y, en cuanto tales, pura expresión de una voluntad respaldada por la fuerza del poder. Para que el Derecho sea verdadera norma de conducta e imponga auténticos deberes a los súbditos es necesario que éstos acepten en conciencia sus reglas, convirtiéndolas así en normas autónomas. De lo contrario, lo que se llama Derecho positivo no es más que expresión del poder que domina en la sociedad y los «deberes jurídicos» son simples imposiciones de ese poder sobre la débil voluntad de los ciudadanos [2].

2. El deber jurídico como simple sometimiento a la coacción

El deber que las normas jurídicas imponen a los sujetos en virtud de su peculiar obligatoriedad [3] es caracterizado también por una parte de la doctrina como un simple estar sometido a las sanciones previstas por esas normas para el supuesto de que no se realice la conducta que ellas establecen. Esta visión (apuntada ya por C. THOMASIO en su contraposición de Moral y Derecho) ha tenido una notable fortuna en la época actual, siendo desarrollada en forma sistemática por algunos autores que defienden la tesis de que el Derecho no impone obligaciones propiamente dichas, sino que se limita a colocar a los súbditos ante la posibilidad de sufrir un daño en el supuesto de

[2] Parece, no obstante, claro, a pesar de LAUN, que la subordinación del deber jurídico al querer o aceptación de los individuos a los que se dirigen las normas imposibilitaría la existencia de cualquier orden normativo general, puesto que las normas jurídicas solamente serían tales cuando fuesen aceptadas y reconocidas. Y, por esta vía, parece imposible fundamentar la existencia de un verdadero Derecho obligatorio, puesto que éste ba de ser inexcusablemente común. Por eso, resulta inevitable dotar al deber jurídico de una configuración específica cuya validez se mantenga al margen de las exigencias que condicionan la existencia de la obligación moral.

[3] Recuérdense las matizaciones recogidas en la pregunta II de la **Lección VII.**

que no realicen las conductas prescritas [4]. En particular, el intento ha sido abordado por H. KELSEN a través de una elaboración completa y paradigmática.

Según KELSEN, el deber jurídico es algo radicalmente independiente de las motivaciones por las cuales obra el individuo que está sometido al Derecho. Deber moral y deber jurídico son dos realidades neta y completamente distintas, puesto que el primero es autónomo y el segundo es heterónomo. El deber moral, por basarse en una norma autónoma, implica que el sujeto obligado conoce el contenido de la norma, está de acuerdo con él y lo acepta; por eso, queda vinculada su voluntad. En cambio, el deber jurídico, por surgir de una ley heterónoma, existe independientemente de que el sujeto obligado conozca o acepte las normas, ya que éstas valen y obligan aunque el destinatario no las acepte. Y ese deber no consiste en un ligamen o vinculación psicológica del sujeto, sino en un efecto de la norma jurídica o, más bien, en la propia norma contemplada desde el punto de vista del sujeto. Se dice que alguien tiene un deber jurídico cuando una conducta suya está prevista como condición para la aplicación de una sanción por los órganos del Estado.

Esta explicación presenta evidentemente el riesgo de enmascarar y volatilizar el problema del deber jurídico. En primer lugar, porque no responde propiamente a la pregunta acerca de **qué** es el deber jurídico, sino sólo a la cuestión de **cuándo** existe ese deber. En segundo lugar y sobre todo, porque el radical y visceral rechazo de la doctrina que ve el deber jurídico como vinculación de la voluntad de los destinatarios impide explicar ese deber como algo distinto de las propias normas jurídicas, por lo que se termina confundiendo a éstas con lo que, en principio, sería uno de sus efectos. Y, de esta manera, dicha explicación puede ser reconducida a la posición de quienes niegan pura y simplemente la existencia del deber jurídico como realidad específica independiente.

Parece, por tanto, que no se puede evitar la configuración del deber jurídico según un modelo o esquema similar al del deber moral [5], es decir, como vínculo que liga la voluntad de los destinatarios en virtud de la exigencia contenida en los mandatos que expresan y transmiten las normas jurídicas.

---

[4] Esta visión es típica de las teorías que reducen el Derecho a simple decisión/imposición de los sujetos sociales que detentan el poder, ya que, en el marco de esas teorías, la razón suprema que puede mover a los sujetos a someterse a lo que las normas prescriben es la previsión de las consecuencias desagradables que les acarrearía la rebeldía.

[5] En este sentido, la historia del problema impondría su propia ley exigiendo el reconocimiento de que, si se quiere seguir hablando de «deber» jurídico, habrá que hacerlo dentro de las coordenadas y con el debido respeto a los impulsos o principios que han condicionado su nacimiento y la mayor parte de su desarrollo.

II. Los rasgos peculiares del deber jurídico

Es fácil comprobar, a través de la experiencia diaria, cómo el deber jurídico manifiesta una frecuente proximidad y concurrencia con el deber moral, ya que una gran parte de las conductas que los hombres deben realizar en su vida social, no sólo están reguladas simultáneamente por el Derecho y por la Moral, sino que a menudo lo están también en la misma dirección y sentido. Puede establecerse asimismo la conclusión de que, si se quiere seguir afirmando la existencia del deber jurídico en el sentido en que es utilizado, entendido y vivido por la mayoría de la gente, ha de asignársele un núcleo significativo mínimo que es coincidente con el del deber moral. Ese núcleo sería la vinculación interna de la voluntad del sujeto provocada por la presencia de una norma. Ahora bien, fuera de esta coincidencia estructural y funcional de base con el deber moral, el deber jurídico presenta unos rasgos diferenciales muy acusados.

1. Caracteres del deber jurídico

Uno de los rasgos primeros y fundamentales del deber jurídico es su pertenencia al campo general del deber ético, es decir, al mundo de los deberes que surgen de las normas éticas y su consiguiente extrañamiento del ámbito de las necesidades naturales o del círculo de las necesidades técnicas [6]. En esa medida, el deber jurídico consistirá en una especie de compulsión o «necesidad» racional de realizar la conducta establecida imperativamente por la correspondiente norma jurídica. Hay, por tanto, en el deber jurídico una inevitable implicación psicológica de la voluntad del sujeto obligado. En efecto, merced a la virtualidad que le proporciona su pertenencia a un ordenamiento jurídico, cada una de las normas que perfilan y determinan los comportamientos que han de realizar los ciudadanos en sus relaciones sociales lo hace de un modo tal que da lugar a la obligación o vinculación de la voluntad racional de todos aquellos sujetos a los que va dirigida su determinación.

Ahora bien, el Derecho no es solamente una normatividad ética que se dirige a los destinatarios en cuanto que son seres racionales y libres; es también una normatividad social general comprometida con la protección de la vida colectiva y con la realización de los intereses comunes. Y eso significa que ha de conseguir un nivel mínimo de cumplimiento generalizado de las

[6] Como se sabe, la imposición de deberes en sentido propio es una de las características básicas de las normas éticas, a diferencia de las leyes naturales y de las normas o reglas técnicas, que se definen por describir conexiones de causalidad o por proyectarlas en sentido orientador hacia la actividad técnica de los hombres.

normas, aunque para ello tenga que prescindir de la voluntad de cada uno de los destinatarios o recurrir, si llega el caso, a la imposición mediante la fuerza. De ahí se deduce que el deber jurídico es *objetivo*, en cuanto que está orientado a la protección de intereses de la colectividad o, en todo caso, de sujetos distintos del propio obligado, debiendo ir, en consecuencia, acompañado siempre de la posibilidad de que su cumplimiento sea exigido en forma coactiva [7].

Por otra parte, el deber jurídico se caracteriza por dirigirse a un sujeto que no es el individuo humano identificable por su personalidad psicológica, aunque coincida parcialmente con él, sino la persona jurídica, es decir, un sujeto formalizado, estereotipado y fungible (el padre, el testigo, el comprador, el arrendatario...). El deber jurídico recae sobre cada individuo en cuanto sujeto jurídico, en cuanto ser impersonal, no en cuanto hombre.

Consecuentemente, ese deber no puede subordinarse, en principio, ni a la intencionalidad ni a las peculiaridades individuales de cada sujeto [8], como ocurre en los deberes impuestos por las normas morales, sino que tiene que configurarse como una obligación genérica y abstracta que se satisface con un cumplimiento meramente exterior y objetivo. El Derecho exige simplemente que el sujeto ajuste su conducta a lo preceptuado en la norma, sin importarle los motivos del comportamiento. Por eso, el deber jurídico se satisface lo mismo cuando el sujeto lo cumple convencido de

---

[7] Esto no quiere decir, sin embargo, que únicamente existe deber jurídico cuando lo impone una norma que lleva aparejada la previsión de ser aplicada coactivamente, tal como algunos autores han llegado a afirmar. No puede reducirse el deber jurídico a la presencia de la coacción. Pero no debe olvidarse tampoco que, tal como se ha señalado ya en la **Lección VII**, la coercibilidad o posibilidad de recurrir a la coacción es un carácter constitutivo del Derecho, por lo que no deberá ser considerada norma jurídica aquella regla de conducta que no sea cactiva. Y, consecuentemente, la existencia del deber jurídico, que, por definición, es el que surge a partir de la presencia de una norma jurídica, dependerá en última instancia de la posibilidad de que intervenga la coacción.

[8] Aquí radica la justificación del principio de que «la ignoracia del Derecho no exime de su cumplimiento», principio procedente del Derecho romano, incorporado de manera general a los ordenamientos jurídicos actuales y discutido también de manera general en cuanto a su justificación, sentido y alcance. En efecto, parece que la eficacia regulativa del Derecho no puede estar condicionada a la aleatoriedad de que sus normas sean o no conocidas por algunos de los ciudadanos cuya conducta regula. En caso contrario, quebraría la generalidad de la regulación jurídica y, en consecuencia, también la seguridad. Por eso, se establece que el deber de cumplir el Derecho no será en ningún caso neutralizado o mediatizado por la alegación de su desconocimiento, sin que esto suponga negar la incidencia que en cada caso corresponda al «error de Derecho». Ahora bien, esta regla no supone la imposición, ni directa ni indirecta, de un deber general de conocer el Derecho.

Es distinta de ésta la cuestión de si el sujeto puede tener un verdadero deber jurídico de cumplir la norma cuando desconoce su existencia o si, por el contrario, sólo está sometido a la responsabilidad derivada del incumplimiento. Dentro de la concepción ética del deber jurídico, resulta difícil afirmar que ese deber se da en los supuestos en que los destinatarios de las normas desconocen la existencia de éstas.

que eso es lo adecuado y justo que cuando lo cumple a pesar de que está en desacuerdo con la norma que lo impone [9].

2. El fundamento del deber

El problema de la fundamentación del deber jurídico está supeditado sin duda al de la validez de la norma que lo impone. Y, como esta cuestión pende siempre de la respectiva concepción general del Derecho, resulta que habrá tantas soluciones a la pregunta por el fundamento del deber jurídico como doctrinas acerca de la naturaleza o consistencia del Derecho. Así, podrá decirse que el fundamento del deber que imponen las normas jurídicas está, ya en la realización por éstas de ciertas exigencias, principios o valores objetivos, ya en su aceptación y reconocimiento por los destinatarios, ya en su imposición por un poder legítimo o ya en su elaboración mediante el adecuado procedimiento correcto. Pero puede encontrarse también ese fundamento en la propia existencia del Derecho en cuanto reglamentación necesaria de la vida social. En la medida en que ha de considerarse al Derecho como una regulación imprescindible para el aseguramiento de la vida social, ha de aceptarse también el principio de que los hombres, en cuanto miembros del grupo, tienen el deber ético de cumplir las normas jurídicas.

El deber jurídico es, pues, un deber que recibe su vigor o fuerza vinculante de la conciencia ética del hombre en cuanto ciudadano, es decir, de la consciencia que tiene el individuo de su inevitable pertenencia al grupo, de las insustituibles ventajas vitales que este hecho le reporta y del consiguiente compromiso de fidelidad que, como sujeto moralmente responsable ante sí mismo, está obligado a sumir. Esta conclusión confirma la vieja idea de la conveniencia de que Derecho y Moral coincidan en sus respectivas regulaciones de la conducta humana que afecte al desarrollo de las relaciones sociales. Y sintoniza también con la percepción usual de que el Derecho es habitualmente cumplido de forma libre y espontánea porque la mayoría de los ciudadanos actúan con la convicción de que tienen el deber de cumplirlo [10].

Pero, por otra parte, el *fundamento inmediato* de todo deber jurídico y su agente configurador definitivo es la regla de Derecho que lo impone. Esto

---

[9] En el primer supuesto parece darse una coincidencia de deberes: el jurídico y el moral. En el segundo, apunta el riesgo de que el único apoyo del cumplimiento del Derecho sea la amenaza de la coacción y de que se produzca su total vaciamiento ético, con la indeseable consecuencia de quedar reducido a conjunto de simples reglas técnicas del uso de la fuerza dentro de la vida social.

[10] Esta complementariedad de Derecho y Moral es sólo de tipo funcional, pero adquiere una plena profundidad cuando coincide con la complementariedad óntica que ha sido afirmada por varios autores a lo largo de la historia. Así, HEGEL veía a la Moral y al Derecho como dos aspectos o momentos parciales e incompletos (y, por tanto, negativos) de la eticidad cuya existencia perfecta sólo se logra en la síntesis superadora de la Etica.

resulta evidente; sólo existe un deber jurídico concreto cuando hay una norma jurídica que lo establece o impone. Esta es una aclaración tan obvia que resultaría totalmente impertinente insistir en ella, si no fuera porque permite derivar hacia algunas precisiones de interés. Por ejemplo, ésta: el hecho de que el deber jurídico exista sólo en cuanto es establecido y delimitado por una norma jurídica permite concluir que el contenido y el alcance de ese deber serán siempre los que hayan prefijado en cada caso las correspondientes normas reguladoras. Por tanto, para saber a qué obliga exactamente un determinado deber jurídico, será imprescindible recurrir al examen de todas y cada una de las normas que inciden en su regulación. Y ese examen será asimismo necesario para determinar cuáles son los sujetos obligados. Hay normas que imponen un deber general de cumplimiento, como las que regulan los ataques a la vida o la integridad de las personas; todos los ciudadanos tienen la obligación de cumplirlas en cualquier lugar y circunstancia. Pero hay otras muchas normas que solamente obligan a algunos sujetos en algunos casos determinados [11]. La norma que establece el deber es, pues, siempre la referencia inmediata que permite conocer en forma fiable a qué, a quiénes, en qué circunstancias y de qué modo obliga ese deber; la norma es la medida definitiva del deber jurídico.

III. Deber jurídico, incumplimiento del Derecho y sanción

El Derecho, en cuanto instrumento de la vida social, se orienta siempre a la consecución de unos determinados objetivos o metas considerados valiosos por la propia sociedad. Y, por ser ordenación o reglamentación del comportamiento social, preceptúa las conductas que favorecen el logro de esos objetivos, prohibe aquellas otras que lo ponen en peligro y permite (casi siempre por la vía de la no regulación) las que no le afectan de forma decisiva. Pero en todos los casos sigue el mismo camino: la imposición de deberes. La realización o cumplimiento de estos deberes es, pues, la condición de la eficacia del Derecho y, consecuentemente, del mantenimiento del orden y paz sociales y de la conservación de la propia sociedad.

[11] Esta conclusión es, en buena medida, independiente del debate sobre si los sujetos directa e inmediatamente obligados por las normas jurídicas son los ciudadanos o son más bien los órganos del Estado. No obstante, incide también en ese debate, puesto que, en relación con los deberes impuestos por las normas, coloca en un mismo nivel a los súbditos y a los órganos del Estado; unos y otros estarán o no obligados a cumplir los mandatos de las normas jurídicas según queden o no incluidos en la regulación tipo de esas normas. Y este extremo sólo podrá determinarse mediante el análisis particularizado de las correspondientes normas.

1. El incumplimiento del deber jurídico

Lo normal es que la mayoría de los súbditos de un ordenamiento jurídico cumpla en la mayoría de los casos la mayor parte de los deberes que imponen las normas jurídicas. Si las cosas ocurrieran de otro modo, sería muy difícil o imposible mantener el orden y la paz social. Pero tampoco es infrecuente que un número elevado de sujetos deje de cumplir algunos o muchos de sus deberes jurídicos en múltiples ocasiones. El incumplimiento es, pues, no sólo una posibilidad inherente al propio deber jurídico, sino también un dato de experiencia. Ambos aspectos han dado pie a que el Derecho incorpore a su estructura diversos mecanismos tendentes a evitar el incumplimiento. Entre esos mecanismos figura la previsión de sanciones.

Se da incumplimiento de los deberes que impone el Derecho cuando el sujeto obligado se comporta de un modo contrario o extraño al preestablecido por la norma que le obliga. Incurre, por tanto, en incumplimiento lo mismo el que infringe frontalmente el deber jurídico que le incumbe que quien procede irregularmente en la realización de ese deber o en el ejercicio de un derecho que tiene reconocido. En todo caso, la conducta del sujeto se desvía del itinerario (= deber) impuesto por la norma o normas que regulan la posición o situación en que él está colocado en ese momento dentro del ordenamiento.

Sin duda, el efecto primario de las normas jurídicas es la imposición de deberes, la atribución de derechos y la consecución del orden social que se pretende lograr mediante el fiel cumplimiento de los primeros y el adecuado ejercicio de los segundos. La sanción es un efecto derivado, secundario y no deseado, en el sentido de que está subordinada al supuesto de incumplimiento del deber jurídico, es decir, de que no se produzca la consecuencia jurídica primaria. Las sanciones que el Derecho prevé aplicar a quienes incumplen sus normas tienen la finalidad primordial de fomentar la eficacia del Derecho, disuadiendo del incumplimiento. Pero, cuando el incumplimiento es ya irreversible, asumen una misión retributiva y ejemplarizante, aspecto este último que responde también al que es fin primordial de la sanción. Así pues, parece claro que el incumplimiento del deber establecido en la norma o, en otras palabras, la comisión de una conducta antijurídica o jurídicamente ilícita es el presupuesto o condición nesaria de la sanción jurídica.

Sin embargo, para la teoría jurídica comandada por KELSEN, la relación entre incumplimiento o acción ilícita y sanción se invierte y es la sanción la que actúa como presupuesto o condición del acto jurídicamente ilícito, puesto que los actos ilícitos lo son sólo por estar sancionados, por estar previstos en las normas como condición para que se aplique la sanción [12].

[12] Para entender este planteamiento, es necesario tener en cuenta la peculiar concepción que tiene del Derecho y de la estructura de las normas jurídicas la teoría pura desarrollada por KELSEN. Según se ha expuesto ya en la **Lección XII**, este autor entendía que la máxima peculiaridad de

En vez de ser el acto ilícito el que determina y condiciona la sanción jurídica, es ésta la que define y determina a aquél. Por otra parte, este acto ilícito, según la teoría pura del Derecho, no puede ser calificado en ningún caso como antijurídico, puesto que es precisamente él el que hace posible que el Derecho funcione como tal, es decir, que aplique sanciones. Las conductas ilícitas no son nunca actos contrarios al Derecho; son conductas prevista por el Derecho como condición del deber de imponer sanciones y, por tanto, son un elemento integrante indefectible del Derecho.

2. La sanción jurídica

La connatural pretensión del Derecho de conseguir la realización de los fines a los que se orienta su regulación, incluso cuando la voluntad de los sujetos a los que se dirige se resiste o se opone, abre inevitablmente la vía del recurso a la coacción, como se ha indicado ya en forma reiterada. La previsión y la imposición de sanciones son, pues, elementos que forman parte de la estructura funcional del Derecho [13]. Pero éste no es un rasgo exclusivo de la normatividad jurídica, a pesar de que se haya afirmado así en ocasiones. También los otros códigos normativos (moral, usos sociales, normas religiosas, reglas de juego...), especialmente los que tratan de regularizar alguna correlación o correspondencia de conductas, están respaldados por sanciones [14]. Lo que sucede es que el tipo de sanciones es distinto en cada caso.

Las sanciones jurídicas se distinguen de todas las demás por su especial rigor y grado de formalización: están socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza y disponen de órganos específicos de imposición. El elemento de la coactividad, es decir, la posibilidad de aplicación de la fuerza física por parte de la organización social, es, por tan-

---

la normatividad jurídica consistía en la imposición de sanciones, de tal modo que la estructura de la norma jurídica primaria consiste precisamente en una conexión lógica de deber-ser entre el presupuesto o condición y la sanción.

[13] Esta connaturalidad de la dimensión sancionadora del Derecho fue captada ya en la antigüedad, como demuestra una vieja clasificación de las leyes, procedente de la doctrina romana y basada precisamente en la distinción tipológica de las sanciones a que daba lugar su incumplimiento. Así, se distinguía estos cuatro grupos: *leyes perfectas*, o normas cuyo incumplimiento lleva aparejada la sanción de nulidad de lo actuado; *leyes superperfectas* («plus quam perfectae»), o normas cuyo incumplimiento provoca, no sólo la nulidad de lo actuado, sino también la imposición de una pena; *leyes subperfectas* («minus quam perfectae»), o normas cuyo incumplimiento da lugar a la imposición de una pena sin que lo actuado pierda su validez; *leyes imperfectas*, o normas cuyo incumplimiento no está sancionado ni con la nulidad de lo actuado ni con la imposición de penas propiamente dichas, sino con medidas tendentes a forzar su cumplimiento.

[14] Podría afirmarse incluso que, sin previsión de sanción para el incumplimiento, no hay verdadera norma de conducta, puesto que podría presumirse que, en ese caso, la norma atribuye a las conductas disconformes el mismo valor que a las conductas que se ajustan a sus mandatos, con lo que desaparecería la virtualidad directiva inherente a toda norma.

to, el rasgo últimamente diferenciador de la sanción jurídica. No puede identificarse, sin embargo, la sanción jurídica con la coactividad; hay muchas actuaciones jurídicas de carácter coactivo que no tienen ningún sentido sancionador [15].

Otro de los rasgos característicos de las sanciones jurídicas es, según se ha indicado ya, el estar previstas y reglamentadas en las propias normas jurídicas para el supuesto de incumplimiento. Esta nota, que no es desde luego exclusiva, sí plantea, sin embargo, la necesidad de profundizar en el análisis de la relación que hay entre la infracción del deber jurídico y la sanción e incluso en el examen del vigor que tiene la conexión entre el Derecho y sus sanciones.

Asimismo, es importante en la sanción jurídica su notable diversidad. No puede identificarse la sanción con el castigo o pena, tal como se hace con frecuencia de forma irreflexiva. Las penas jurídicas son ciertamente sanciones, pero la mayor parte de las sanciones jurídicas no son precisamente penas en sentido estricto. La sanción jurídica es un término de amplio significado que equivale a la consecuencia negativa o desfavorable que tiene para el sujeto la realización de una conducta jurídicamente ilícita [16]. En ella quedan incluidos, por tanto, la nulidad de los actos, la caducidad de los derechos o de alguna de las facultades de los mismos, el deterioro o agravamiento de la obligación incumplida, la indemnización por daños y perjuicios, la ejecución forzosa o el cumplimiento por sustitución y la imposición de la pena o castigo que corresponda.

[15] El internamiento a la fuerza de un loco furioso en un centro de salud no es una sanción. Y tampoco lo es el tratamiento médico preventivo que puede llegar a imponerse por la fuerza en casos de epidemia.

[16] Puede tener también, dentro del lenguaje jurídico, un sentido o significado aun más amplio, que la hace equivaler al «efecto o consecuencia que corresponde a cualquier conducta jurídica».

LECCION XVI

EL CONOCIMIENTO JURIDICO PRACTICO

I. Su presencia en los procesos de creación y aplicación del Derecho

El conocimiento jurídico práctico [1] es una manifestación del conocimiento cuya existencia empírica parece obvia pero cuya especificidad o autonomía sistemática podría ser puesta en duda, al menos, por dos motivos. En primer lugar, porque todo conocimiento jurídico es ya por sí mismo práctico en alguna medida, ya que está orientado hacia la actuación práctica de los sujetos jurídicos. Y, desde ese punto de vista, podría considerarse incongruente identificar como *práctico* a uno solo de los niveles o ámbitos del conocimiento jurídico. En segundo lugar, porque puede parecer que no es evidente la necesidad/oportunidad de afirmar un *tertium genus* diferenciable de los dos grandes tipos de conocimiento jurídico generalmente reconocidos: el científico y el filosófico [2].

Sin embargo, es también notorio que el funcionamiento habitual del Derecho exige que los diversos sujetos jurídicos que intervienen en él desarrollen un tipo de consideraciones, reflexiones y argumentaciones que no son reductibles ni al conocimiento científico propiamente dicho ni al conoci-

[1] Con el nombre de «conocimiento práctico» del Derecho se hace referencia a la actividad cognitiva peculiar que desarrollan aquellos sujetos jurídicos que intervienen en los procesos de creación y realización (o aplicación) de las normas jurídicas. Aunque no es habitual que se haga mención expresa de él como tipo o nivel diferenciado singular, este conocimiento ha sido siempre el primero y fundamental paso de la reflexión racional sobre el Derecho. Parece, por tanto, razonable que se reconozca su importancia y que, dentro del análisis sistemático, se le dé la prioridad que ya tiene en la realidad de la vida jurídica.

[2] En la práctica, no es infrecuente que los estudiosos incluyan las más destacadas manifestaciones del conocimiento jurídico práctico (*Jurisprudencia* y *Política del Derecho*), bien en el campo de la Ciencia jurídica, bien en el ámbito de la filosofía del Derecho.

miento filosófico. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, en el proceso de elaboración de las leyes o en las distintas actuaciones de quienes intervienen en eso que se llama de manera general «aplicación del Derecho» (jueces, abogados, notarios, funcionarios de la administración, particulares, etc.). Hay, pues, razones suficientes para llegar a la conclusión de que la actividad cognoscitiva desarrollada por quienes *crean* o *aplican* el Derecho [3], no sólo pertenece a un nivel o tipo distinto de aquel que realizan los científicos o los filósofos, sino que ostenta una especificidad y protagonismo destacados.

1. La prioridad del conocimiento jurídico práctico

Sin duda, el dato absolutamente primero de la experiencia jurídica es la presencia de unos concretos problemas o conflictos de convivencia a los que ha de darse una solución justa que sea aceptada y reconocida por el grupo dentro del que tales problemas o conflictos han surgido. Esa misión ha sido confiada en forma preferente (aunque no exclusiva) en la mayoría de las sociedades al Derecho. Y, de este modo, la existencia de ese código de normatividad social se ha concretado en un sistema de reglas y en una trama de acciones tendentes a posibilitar dicha solución, implantando un orden justo en la complejidad de las relaciones sociales. Consecuentemente, toda la actividad de los sujetos que intervienen en ese proceso de eliminación o superación de los conflictos tiene también un carácter práctico, por cuanto se orienta a determinar qué es lo que cada uno puede y debe hacer jurídicamente en cada una de las situaciones en que se encuentra [4].

Pues bien, esa actividad jurídica práctica exige que quienes la realizan lleven a cabo un proceso cognoscitivo específico que se diferencia netamente del nivel de conceptuación y sistematización propio del conocimiento científico y del conocimiento filosófico del Derecho. Así, el *legislador* necesita captar toda la complejidad de la situación histórica y social a la cual se enfrenta en el momento de la decisión legislativa y precisa aplicar las técnicas adecuadas para que esa decisión logre desarrollar toda la funcionalidad social que le es exigible [5]. Del mismo modo, el *juez*, que ha de intentar llegar a una solución racional, adecuada y justa del conflicto planteado, necesita des-

[3] Como se vio en la **Lección VIII**, la distinción entre *creación* y *aplicación* del Derecho está sometida a debate.

[4] En efecto, el «legislador» o creador de las normas jurídicas, lo mismo que quienes se ven obligados a someter a ellas su conducta o aquellos operadores jurídicos (funcionarios, abogados, notarios, oficiales, secretarios o jueces) que desempeñan la función de garantizar o exigir su cumplimiento, desarrollan ante todo una actividad inmediatamente práctica.

[5] Cualquier doctrinarismo que pretendiera deducir la regla oportuna desde los puros planteamientos teóricos, con olvido de la realidad concreta y de los elementos técnicos que aparecen implicados en la situación, se encontraría abocado inevitablemente al fracaso.

arrollar una actividad cognoscitiva compleja en la que estén presentes al mismo tiempo las reflexiones teóricas y las consideraciones inmediatamente pragmáticas. Y eso mismo le ocurre a cualquiera de los demás sujetos que intervienen en decisiones relativas a la solución de los problemas jurídicos planteados.

Resulta, por tanto, manifiesto que todo proceso de concreción y realización del Derecho implica siempre una larga actividad cognoscitiva volcada hacia la praxis, ya que se refiere a la utilización de unos determinados medios para lograr unas determinadas finalidades jurídicas y sociales, mediante la formulación de una ordenación activa para unas conductas determinadas. Pues bien, esa actividad es precisamente el conocimiento jurídico práctico. En virtud de la estructura misma del orden que intenta configurar la regulación jurídica, ésta no podría ser establecida, si no se tiene un conocimiento adecuado de los objetivos a los que se orientan en cada caso las normas o decisiones y de los medios o instrumentos utilizables para su logro. Por ello, el saber jurídico práctico, además de la atenta y objetiva consideración de las realidades concretas que condicionan la real situación en la cual y para la cual tiene lugar la decisión jurídica, requiere el conocimiento de los principios teóricos y de los fines generales del ordenamiento jurídico.

Puede concluirse, por tanto, que el *conocimiento jurídico práctico* es el conocimiento que acoge la inicial preocupación teorética del hombre ante el fenómeno jurídico. Y, aunque está naturalmente abocado a completarse en el análisis científico-jurídico y en la reflexión jurídico-filosófica, es un conocimiento que puede existir (y ha existido de hecho) cuando todavía no han surgido los otros dos niveles superiores de reflexión.

2. Su caracterización sistemática

Se ve, pues, cómo el conocimiento jurídico práctico, aunque está muy por encima del simple conocimiento empírico vulgar, camina tan pegado a la solución de los problemas concretos que se plantean en el desarrollo de la experiencia jurídica de cada día que no llega a alcanzar en ningún momento el nivel de conceptualización y sistematización propio de los conocimientos científico o filosófico del Derecho. Es, pues, un conocimiento que permanece vinculado a la consideración de los diversos elementos que pueden ser relevantes para la decisión concreta que el sujeto jurídico ha de adoptar en relación con un problema también plenamente concreto. Pero eso no quiere decir que en la actividad que los sujetos jurídicos desarrollan dentro de los procesos de creación y aplicación del Derecho el momento de la *decisión* minimice la importancia real de la actuación cognoscitiva [6]. En verdad, la actividad creativa y realizadora de

[6] El proceso de «creación» o «aplicación» del Derecho sería así el resultado primordial de la

Derecho presenta siempre y a un mismo tiempo problemas de decisión y problemas de conocimiento, pero de tal modo que, en definitiva, los propios problemas de decisión se reducen a problemas de conocimiento, puesto que toda decisión exige algún tipo de motivación y justificación racional [7].

Así, lo característico de este tipo de conocimiento jurídico es su directa vinculación al proceso de decisiones que adoptan aquellos sujetos jurídicos que participan en la formulación/creación de las normas jurídicas o en su proceso de aplicación. Es, pues, un tipo de conocimiento que, siendo racional, reflexivo y supra-vulgar, se construye, sin embargo, en dependencia inmediata respecto de los elementos empíricos que intervienen en los momentos del nacimiento y la realización del Derecho. Consecuentemente, está siempre mediatizado por las necesidades de la vida jurídica de cada día, por las variaciones de la realidad social y por las cambiantes exigencias de oportunidad y de adecuación que el dinamismo de la vida jurídica impone a la acción de los sujetos. Y, en esa medida, no llega nunca a disponer del grado de certeza o «evidencia» a que llegan normalmente (aunque por caminos diferentes) el conocimiento científico o el conocimiento filosófico, de los que se diferencia, además, no tanto por razón del objeto, que es común (al menos, parcialmente), cuanto por razón de la perspectiva o punto de vista en que se coloca y por el peculiar método que, consecuentemente, utiliza [8].

II. Política jurídica, proceso legislativo y jurisprudencia

Según se ha indicado con anterioridad, el Derecho se nos muestra ante todo como una realidad cultural e histórica, es decir, como algo que el hom-

---

decisión de una voluntad, ya se trate de la voluntad del propio soberano supremo (como sostuviera Hobbes en relación con el monarca absoluto o como destacara Carl Schmitt en referencia al pueblo o nación), ya se trate de la voluntad del poder que actúa en representación de ese soberano (como afirmaran generalmente los teóricos del XIX) o ya se trate finalmente de la voluntad de los jueces (tal como pusieron de relieve la *escuela del derecho libre* y el *realismo jurídico norteamericano*).

[7] En efecto, existen siempre y en primer lugar problemas de conocimiento, es decir, problemas relativos a la determinación del sentido de aquellos elementos (las normas, los hechos y las circunstancias) que entran en juego para la delimitación de cada situación jurídica. Luego, en una segunda fase lógica, aparecen los problemas relativos a la elección o decisión sobre la solución jurídica más adecuada, más *ajustada*, desde todos los puntos de vista.

[8] Sin embargo, este hecho no implica que la actividad de quienes «crean» o «aplican» el Derecho sea meramente técnica o artística, como se ha afirmado con frecuencia. Las diferencias entre el simple conocimiento técnico y el conocimiento práctico del Derecho son claras. Mientras que el primero implica un saber puramente operativo y neutral, que se limita a la consideración de la correcta aplicación de los medios eficaces para el logro de unos fines que le vienen dados y sobre los que no se pronuncia, en el conocimiento jurídico práctico el sujeto, no sólo elige los medios mas

bre crea, en el proceso de su propia autorrealización social, para que contribuya a resolverle algunas de las necesidades o problemas que la vida colectiva plantea. En este sentido y desde este punto de vista, el Derecho aparece también como una realidad dinámica cuya existencia y operatividad se desarrollan a través de un complejo proceso en el que destacan dos momentos decisivos: el de la creación y el de la aplicación.

El primer momento importante es sin duda aquel en que las reglas de Derecho surgen en el horizonte de un determinado ordenamiento o sistema jurídico histórico con su plena capacidad directiva y conformadora de las conductas de los sujetos sociales. Es el momento en que se plantea esa compleja problemática que ha venido recogiéndose históricamente dentro del tema general de la «creación del Derecho» y que, en su estricta dimensión cognoscitiva, cae dentro del campo de acción de esa notable manifestación del conocimiento jurídico práctico que es la *política jurídica* o *política del Derecho.*

El segundo momento resume un amplio proceso a través del cual las normas jurídicas generales llegan a realizar su propio destino directivo o regulador, configurando de forma inmediata y efectiva el correspondiente sector de los comportamientos y relaciones sociales. Es el momento al que se ha venido designando tradicionalmente con el nombre de «aplicación del Derecho» y que ha dado siempre lugar a un intenso desarrollo del conocimiento jurídico práctico a través de la actividad (llamada *jurisprudencia*) de los diferentes operadores jurídicos que intervienen en el proceso.

1. La política jurídica

Por *política jurídica* (o *política del Derecho*) se entiende en este contexto la actividad que realizan todos aquellos sujetos que participan (y en cuanto participan) en la creación expresa y formal de las normas jurídicas generales o particulares [9]. Esos sujetos son, como todo el mundo sabe, muy diferentes entre sí: ponencia constitucional, parlamento, gobierno, órganos de los entes autonómicos, provinciales o municipales, sindicatos, empresas, ciudadanos particulares, etc.. Pero, cualquiera que sea el sujeto, su actividad creadora de Derecho implica siempre el desarrollo de un tipo de conocimiento centrado en la consideración de los objetivos hacia los que tiende y de las circunstancias en que tales objetivos han de lograrse, por lo que atiende sobre todo a

adecuados, sino que ha de pronunciarse también al mismo tiempo sobre la correccion o justicia de los fines propuestos. Más bien es un tipo de actividad en el que han de combinarse necesariamente el aspecto teórico y el aspecto inmediatamente pragmático.

[9] Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que algunos autores caracterizan a la *política jurídica* como una doctrina o disciplina de carácter filosófico o científico.

las implicaciones y posibilidades jurídicas que ofrecen los distintos fines o proyectos sociales y políticos, se ocupa de sopesar las repercusiones de los condicionamientos fácticos de todo tipo y trata de medir la adecuación y la eficacia de los diferentes medios o técnicas jurídicas utilizables para la consecución de tales objetivos.

Resulta patente que quienes intervienen en los diferentes procesos de creación de las leyes o normas que componen el Derecho necesitan disponer de los elementos cognoscitivos necesarios para que sus decisiones sean adecuadas, no sólo en el establecimiento de los principios y directrices generales de la actividad legislativa, sino también en la formulación de las reglas concretas destinadas a encauzar el desarrollo de las relaciones sociales en los diversos sectores de la vida colectiva. Por eso, la actuación responsable en el ámbito de la *política jurídica* exige el conocimiento y ponderación de temas como las implicaciones jurídicas que ofrecen los distintos objetivos o proyectos sociales y políticos, la correspondencia o adecuación existente entre los diversos tipos de normatividad jurídica y los diferentes objetivos sociales y políticos propuestos, la real eficacia conformadora y directiva de los varios instrumentos o técnicas de normación jurídica (derecho coercitivo-derecho incentivador, normación directa-normación refleja, leyes generales-leyes sectoriales, Leyes-Decretos-Ordenes-Resoluciones, etc.), la rentabilidad o coste social de los distintos instrumentos o procesos legislativos utilizables, la adecuación de los diferentes instrumentos jurídicos concretos a la regulación de cada materia regulable, la corrección técnica de dichos instrumentos, etc. [10].

La *política jurídica* requiere, pues, un tipo de conocimiento jurídico en que la conjetura, el cálculo de probabilidades y la prudencia marginan o reemplazan con frecuencia a los razonamientos lógicos formalmente rigurosos y exactos [11], puesto que, en última instancia, la solución más adecua-

[10] Por otra parte, la complicada misión que compete a la *política jurídica* obliga a realizar esta actividad en una continua, directa y estrechísima vinculación con todos aquellos saberes particulares (jurídicos, históricos, sociológicos, psicológicos, económicos, antropológicos, técnicos, etc.) que en cada momento puedan ayudar a los «legisladores» a obtener los datos y referencias indispensables para cumplir decorosamente su función. Y, en esa medida, ha de afirmarse que la *política jurídica* no puede desvincularse de la actividad científica, ya que el tipo de conocimiento que desarrolla, aunque se caracteriza fundamentalmente por la flexibilidad y oportunismo propios de la actividad práctica y por el recurso a la racionalidad instrumental de las técnicas de organización social, participa también de la racionalidad teórica de las ciencias de que se auxilia.

[11] Lo que no impide que se pueda hablar también con todo fundamento, tal como vienen haciendo en la actualidad varios autores, de una Política del Derecho como peculiar investigación científica sobre el proceso de creación del Derecho. Ahora bien, una cosa es el conocimiento que desarrolla la práctica de la política jurídica, conocimiento al que aquí se está haciendo referencia, y otra muy distinta ese nivel de reflexión teórica explicitado por la Ciencia de la Política del Derecho.

da vendrá de la mano del estudio pormenorizado de la correlación entre los medios idóneos y los fines u objetivos sociales que se desea consegir.

2. La jurisprudencia

Parece claro que la *jurisprudencia* constituye otro de los grandes ámbitos en que el desarrollo del conocimiento jurídico práctico resulta imprescindible. Sin embargo, para entender el alcance de esta afirmación es necesario tener en cuenta que el término «jurisprudencia» tiene aquí un significado muy peculiar que no puede ser confundido con el que se le da a esta misma palabra en otras ocasiones [12].

En este contexto en que se mueve la explicación, el término *jurisprudencia* (en simetría con el contenido significativo atribuido a la *política jurídica*) designa a esa específica actividad que desarrollan los sujetos jurídicos cuando intervienen directamente en el complejo proceso de la «aplicación» de las normas jurídicas generales a la regulación de relaciones o situaciones sociales individualizadas. Ahora bien, esta actividad es llevada a cabo, no sólo por los jueces (como se venía pensando habitualmente), sino también por todos esos sujetos a los que se ha empezado a aplicar el nombre de «operadores» jurídicos y por los propios ciudadanos particulares que se encuentran en la situación y en la obligación de actuar conforme a Derecho.

Y es claro que esta actividad implica la actualización de un conocimiento jurídico peculiar que actúa en un doble frente. Por una parte, tiene que ayudar a descubrir cuáles son las normas jurídicas aplicables al caso; y, para ello, tiene que captar, no sólo el sentido y el alcance exacto de las normas potencialmente aplicables, sino también el de los elementos fáctico-jurídicos que están presentes en dicho caso. Por otra parte, la aplicación de ese peculiar conocimiento ha de proporcionarles a los distintos sujetos jurídicos los criterios suficientes para que puedan adoptar en cada caso la decisión racionalmente más adecuada, justa y convincente.

Por eso, parece que el desarrollo del conocimiento práctico que corresponde a esta actividad jurisprudencial a la que nos estamos refiriendo exige la concurrencia de nociones e ideas que, si bien son ajenas en principio al territorio estricto de su campo de acción, resultan, sin embargo, imprescindi-

[12] De nuevo, es inevitable llamar la atención sobre la importancia que tiene el dominio del lenguaje jurídico (y la consiguiente utilización de un diccionario especializado, en caso de necesidad). Dentro del léxico jurídico español, la voz «jurisprudencia» puede reflejar tres significados importantes: 1. el equivalente a «ciencia jurídica» (en coincidencia con el término inglés *Jurisprudence* y con el término alemán *Jurisprudenz*); 2. el equivalente a «conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales», en especial del Tribunal Supremo (aplicado hoy también al Tribunal Constitucional); 3. el que se asigna en la explicación del texto.

bles para que el sujeto pueda llegar a una solución correcta. Así, deberán ser conocidos el sentido y la función que el Derecho desempeña en la vida social, las variaciones históricas que ha experimentado y las razones profundas de su evolución, su condicionamiento por los factores de la realidad social (especialmente por los factores de poder), la necesidad que tiene de adaptarse constantemente a los problemas o necesidades sociales nacientes, su inevitable determinación por los ideales o valores predominantes en la organización general de la sociedad, su destino de adaptación a las exigencias de la justicia, etc.

Puede concluirse, en consecuencia, que la *jurisprudencia* es una actividad compleja en la que se manifiestan de manera especialmente acusada los caracteres típicos del saber práctico sobre el Derecho y en especial las implicaciones valorativas y prudenciales, ya que la corrección de las decisiones jurídicas relativas a los casos particulares exigen que se atienda ante todo a los factores y consideraciones concretos, más que a las exigencias lógicas abstractas del pensamiento teorético. En esa medida, puede afirmarse también que el saber o conocimiento que predomina dentro del ámbito de esta actividad jurisprudencial de que estamos hablando es el conocimiento práctico problemático, es decir, el conocimiento adecuado a la solución de los problemas de la praxis jurídica. Por tanto, un conocimiento en el que priman abiertamente y con toda propiedad las determinaciones realistas, valorativas y prudenciales.

LECCION XVII

EL CONOCIMIENTO JURIDICO CIENTIFICO

Tal como se ha indicado ya en la **Lección I**, el gran bloque o área del saber jurídico científico incluye tres sectores importantes: el de las ciencias jurídicas fáctico-sistemáticas, el de las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas y el de las ciencias jurídicas lógico-sistemáticas. Cada uno de estos sectores plantea a la teoría de la ciencia jurídica numerosos y graves problemas de base que sería sin duda interesante analizar en profundidad. Sin embargo, el carácter introductorio de todas las explicaciones que se recogen en este temario exige que su alcance se limite a aquellos aspectos que son imprescindibles para ofrecer el mapa o panorama general del saber jurídico en una visión máximamente simplificadora. De ahí, que las consideraciones que siguen se detengan solamente en algunos de los rasgos que permiten formarse una idea aproximativa (y tal vez difusa) del perfil básico de cada uno de los sectores.

I. Las ciencias jurídicas fáctico-sistemáticas

El Derecho, en cuanto *hecho* social complejo que surge en el horizonte de la vida humana junto a los otros múltiples fenómenos o hechos sociales en que se manifiesta esa vida, presenta dos diferentes (aunque complementarias) perspectivas de análisis: su incesante fluir a través del tiempo histórico y su integración sistemática en el conjunto de los fenómenos sociales. Consecuentemente, el estudio de la dimensión fáctica del Derecho ha desembocado en el desarrollo de dos distintos saberes particulares (la **Historia del Derecho** y la **Sociología Jurídica**) cuyos rasgos básicos es inevitable recordar, aunque sea muy brevemente.

1. La Historia del Derecho

Tal como se ha recordado ya en varias ocasiones, la afirmación de que el Derecho es una realidad constitutivamente histórica y evolutiva no admite discusión. Este dato bastaría por sí solo para dar razón, si fuera necesario, de la existencia de ese peculiar saber jurídico que es la **Historia del Derecho**, puesto que pone de manifiesto que, si se quiere comprender en toda su profundidad y extensión el sentido de cualquier sistema jurídico actual, es imprescindible adentrarse en el conocimiento de la trayectoria que ese Derecho ha seguido hasta constituirse en lo que hoy es [1]. Sin embargo, ha de reconocerse que esta peculiar rama del saber jurídico no se constituyó como ciencia autónoma hasta el siglo XIX [2].

Ciertamente, la preocupación por el proceso evolutivo del Derecho había estado siempre presente en los estudios jurídicos, en especial a partir del Renacimiento, pero no llegó a cristalizar en un cuerpo científico autosuficiente hasta el momento en que el proceso general de agudización de la conciencia histórica europea desembocó finalmente en la aparición de las diversas manifestaciones de la ciencia histórica. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el nacimiento y el inicial desarrollo posterior de la nueva ciencia fueron resultado de la presión convergente de dos tipos de preocupaciones e intereses sobre el conocimiento de la historia de las instituciones jurídicas: los puramente históricos o histórico-políticos y los netamente jurídicos. Este hecho es muy significativo porque ha condicionado hasta hoy la evolución de la ciencia histórica del Derecho, de modo que todavía puede afirmarse que la realización de los estudios históricos del Derecho se adscribe siempre

---

[1] De ahí, la grave importancia de la historia del Derecho patrio y de la atención que se preste a aquellas etapas históricas de su desarrollo que (como sucede en Europa con el Derecho Romano) han dejado en él abundantes e indelebles huellas. No puede perderse nunca de vista, sin embargo, que la funcionalidad relevante de la ciencia histórica del Derecho dentro de los planes de formación de los juristas se concreta en el esclarecimiento y comprensión de las realidades jurídicas actuales. Es, pues, la suya una operatividad fundamentalmente propedéutica, instrumental y complementaria.

Por otra parte, el hecho de que esta disciplina haya estado permanentemente incorporada a los planes de estudio de las Facultades de Derecho es suficiente para que la referencia que aquí se hace a la ciencia histórica del Derecho se ciña a aquellos rasgos elementales que sean capaces de proporcionar a nuestros alumnos una primera (y provisional) caracterización que les ayude a descubrir el lugar que ocupa dentro del mapa general del saber jurídico.

[2] Como se sabe, la propia ciencia histórica, en su estricto significado de historia crítica (por contraposición a la tradicional historia narrativa o pragmática), no nació, según todos los indicios, hasta el siglo XVIII.

Por otra parte, ha de reconocerse también que la consideración del Derecho en su realidad histórica se había venido desarrollando ya desde la antigüedad, si bien casi siempre dentro de obras generales de historia, filosofía política o filosofía ética. Por ello, ese estudio no había llegado a conseguir la suficiente independencia sistemática como para poder hablar de un saber o ciencia distinta.

a una de estas dos orientaciones predominantes: la de los historiadores y la de los juristas.

La Historia del Derecho cultivada por los historiadores se ha ocupado prioritariamente de aquellos aspectos que contribuyen a complementar y enriquecer los conocimientos globales que se tienen del pasado histórico de las diversas sociedades o pueblos. Consecuentemente, dentro de esta línea de investigación, el Derecho ha sido estudiado como un elemento importante cuyo conocimiento, junto con el de los otros factores relevantes, ayuda a la captación del significado de una época histórica pasada. Es, pues, una Historia del Derecho entendida y construida como rama especial de la ciencia histórica general.

En cambio, la Historia del Derecho preferida por los juristas se ha preocupado sobre todo de los datos y aspectos que pueden contribuir a un conocimiento más exhaustivo y profundo de los distintos elementos (instituciones) de los Derechos vigentes. Por eso, se ha centrado en el estudio del nacimiento y evolución de las instituciones, de las distintas influencias recibidas y de los vaivenes experimentados hasta llegar a la configuración que presentan en la actualidad. Esta Historia del Derecho, aunque ha tenido que utilizar de forma ineludible los métodos de la investigación estrictamente histórica, se ha desarrollado dentro del ámbito de la ciencia jurídica y ha sido fiel a los postulados fundamentales de esta ciencia.

Dos han sido, en consecuencia, las orientaciones básicas en el ámbito de la reflexión sobre la dimensión histórica del Derecho: una (la propia de los historiadores) para la que esta ciencia es primariamente histórica y complementariamente jurídica y otra (la propia de los juristas) para la que es primordialmente jurídica y accesoriamente histórica. ¿Cuál de ellas resulta preferible? Todo dependerá de la finalidad con la que se plantee la investigación histórica sobre el fenómeno jurídico... En todo caso, la elección no podrá tener consecuencias drásticas para la configuración metodológica de la Historia del Derecho, puesto que, en cuanto es una reflexión que se ocupa de la dimensión histórica del Derecho, este saber jurídico ha de utilizar conjuntamente la metodología del historiador y la del jurista. La del historiador para descubrir, seleccionar y analizar escrupulosamente las huellas o restos jurídicos del pasado en cuanto datos constructivos de la Historia. La del jurista para captar en su exacta dimensión el alcance normativo y el significado sistemático-jurídico de esos vestigios en cuanto elementos integrantes de un Derecho. Y siempre avanzará bajo el condicionamiento de su propia función constitutiva: ser la ciencia cuyo objeto central está constituido por los propios datos jurídicos históricos y por su sucesión en el tiempo.

2. La Sociología Jurídica

Según todos los indicios, la Sociología Jurídica no se constituyó con claridad como genuina ciencia hasta comienzos del siglo xx [3]. Hoy puede definirse diciendo que es la ciencia o manifestación del conocimiento jurídico que pretende descubrir, verificar y formular sistemáticamente las relaciones de interdependencia que existen entre el Derecho y los demás hechos o agentes sociales. Pero esta noción sintética es probablemente insuficiente, por lo que deberá ampliarse con una referencia más detallada a los dos grandes aspectos o problemas que sirven para caracterizar generalmente a cualquier ciencia: el *objeto* y el *método*.

A) *El objeto*

La ciencia o saber jurídico sociológico tiene como objeto propio de estudio al Derecho en cuanto fenómeno social que existe dentro de una compleja red de interferencias mutuas con todos los fenómenos sociales y que, en consecuencia, es influido por los múltiples condicionamientos procedentes de esos fenómenos. Así pues, el análisis sociológico del Derecho ha de ocuparse, al menos, de las siguientes tareas concretas:

1. Estudio de la influencia que el sistema social general, en su conjunto, ejerce sobre el concreto subsistema del Derecho. Este estudio tiende al descubrimiento de todos aquellos elementos o factores de la organización social que influyen en el nacimiento, conservación, transformación o desaparición del Derecho.
2. Investigación acerca de la influencia del Derecho sobre el sistema conjunto de la vida social. En concreto, tendrá que constatarse cómo y en qué medida el Derecho condiciona la estructura y el dinamismo del resto de las realidades sociales. Así, deberá determinarse, por ejemplo, si la normatividad jurídica vigente contribuye al endurecimiento y al inmovilismo de las estructuras sociales y de los sistemas de intercambio y comunicación o si propicia más bien la movilidad y el cambio de esas estructuras.
3. Análisis de la relación de dependencia que tienen entre sí los valo-

[3] A su consolidación contribuyeron varios autores cuyos nombres han pasado a ser ya clásicos, no sólo en los anales de la Sociología Jurídica, sino también en la historia general de la ciencia sociológica. Entre ellos, destacan E. DURKHEIM, M. WEBER, E. EHRLICH o G. GURVITCH... Por otra parte, el breve arco vital de esta ciencia ha dado lugar a la aparición de dos diferentes líneas de desarrollo: una de corte conceptualista, teórico y deductivista que predominó durante la primera parte del siglo (llamada *sociología jurídica teórica o de gabinete*) y otra marcada por la fidelidad a la orientación pragmática y experimental (llamada *sociología jurídica empírica o de campo*) que se ha venido imponiendo desde los años 50.

res jurídicos y los otros valores o principios que informan el sistema social, determinando al mismo tiempo las consecuencias que esa influencia provoca en el Derecho y en la realidad social total. En esta investigación interesa especialmente establecer el grado de la dependencia que puede darse entre los valores jurídicos y los otros valores importantes para la organización social, tales como los políticos, los económicos, los morales, los filosóficos y científicos, los familiares, etc.

B) *El método*

El camino o método que puede y debe seguir la investigación sociológica del Derecho ha de ser necesariamente complejo. Por una parte y como ciencia de hechos sociales que es, ha de desarrollar una investigación fundamentalmente explicativa y descriptiva, basada en la observación empírica y objetiva de los fenómenos jurídicos. Pero, por otra parte y puesto que el Derecho es portador de un específico sentido o significado en cuanto que actúa como regla coactiva de los comportamientos sociales, la Sociología del Derecho tiene que acceder al conocimiento comprensivo de la realidad jurídica, es decir, al descubrimiento de la significación o intencionalidad humana que el Derecho inevitablemente realiza. Y es obvio que no podrá conseguir este objetivo mediante la simple investigación descriptiva y explicativa de los hechos jurídicos, por lo que se hace necesario que utilice también la metodología conducente a la captación comprensiva de esos hechos. *Observación-explicación*, por un lado, y *comprensión*, por otro, son, pues, las dos direcciones complementarias por las que ha de avanzar inexcusablemente la Sociología Jurídica en el camino de su análisis de las relaciones de interdependencia entre el fenómeno jurídico y los demás hechos o factores relevantes de la vida social.

Es inevitable asimismo que esta ciencia armonice en su investigación la dimensión teórica y la dimensión inmediatamente empírica. Si, por una parte, es cierto que cualquier teoría sociológica sobre el Derecho ha de asentarse, para obtener un mínimo de fiabilidad, sobre la observación, el análisis y la verificación directa de los fenómenos sociales, no lo es menos que tales fenómenos sólo llegan a constituirse en hechos científicamente relevantes en tanto en cuanto son interpretados dentro de un cierto marco teórico. Siempre será la teoría el único control racional capaz de garantizar la orientación correcta de las investigaciones empíricas. Parece, pues, que el sociólogo del Derecho tendrá que dosificar en forma adecuada la presencia de estas dos orientaciones en su tarea.

II. Las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas

La dimensión normativa, que es el elemento más inmediato y visible de la compleja realidad del Derecho, ha sido objeto permanente de atención a lo largo de la historia. Sin embargo, el desarrollo de los análisis sistemáticos de esa dimensión no ha llegado a consolidarse hasta una época bastante próxima a nuestros días, existiendo, por otra parte, dudas acerca de la unidad y del propio carácter científico de esos análisis [4]. Por eso, resulta imprescindible detenerse en el examen de estos aspectos.

1. La cuestión de la unidad

Uno de los puntos oscuros que subsisten todavía en el campo del conocimiento jurídico normativo-sistemático es el de si las construcciones científicas a que ha dado lugar constituyen una única ciencia o si más bien son ya ciencias independientes. ¿Una o varias ciencias jurídicas normativo-sistemáticas? La pregunta no tiene una respuesta fácil.

Tradicionalmente, se ha venido hablando (en singular) de **la ciencia** normativo-sistemática (o dogmático-sistemática) del Derecho [5], lo que indica claramente que se tenía la idea de que el estudio científico de la dimensión normativa del Derecho constituía un bloque que, a pesar de su gran ampli-

---

[4] Es famoso, en relación con el último aspecto, el alegato formulado en 1847 por J. H. Kirchmann en una conferencia pronunciada en Berlín con el título de «La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia». Este planteamiento del que fuera «procurador del rey» (*fiscal*) en el Estado de Prusia culminaba una larga tradición de desconfianza y animadversión hacia la actividad y la ciencia de los juristas, que se había extendido desde el Renacimiento. Basta recordar a este respecto los nombres de Petrarca, Erasmo, Luis Vives, Rabelais, Montaigne o Pascal... Por otra parte, las dudas acerca de las posibilidades científicas y de la propia cientificidad de la llamada «ciencia dogmático-sistemática del Derecho» han seguido reproduciéndose hasta nuestros días. Pero no hay ninguna razón seria para denegarle su carácter de verdadera ciencia. Lo único que puede ocurrir, como sucedió en el caso de Kirchmann, es que el conocimiento dogmático-sistemático del Derecho no coincida en sus notas típicas con los caracteres que en un determinado momento de la historia se asignan a la categoría de conocimiento científico. Ahora bien, si, como parece exigible, se parte de un concepto abierto y netamente histórico de esa categoría, la objeción carece de consistencia.

[5] Esta ciencia ha sido designada con nombres diversos, tales como «dogmática jurídica», «ciencia dogmática del Derecho», «jurisprudencia», «jurisprudencia científica», «teoría científica del Derecho» o «ciencia jurídica», lo que podría dar lugar a desorientaciones no deseables. Por eso, puede ser útil señalar la presencia de esos diferentes nombres y advertir que, si bien cada uno de ellos responde a una determinada tradición ideológico-metodológica, pueden considerarse todos ellos como equivalentes. Hay uno, sin embargo, que presenta especiales dificultades dentro de una concepción sistemática rigurosa del conocimiento jurídico y que, en consecuencia, parece rechazable. Es la denominación «ciencia jurídica». En efecto, este nombre es considerado por muchos como una etiqueta genérica que incluye a otros varios saberes científicos sobre el Derecho y que, por tanto, no debe ser aplicada en exclusiva a ninguno de ellos.

tud, mantenía una unidad esencial. Sin embargo, la actualidad nos ha proporcionado ya signos suficientes para poner en duda la vieja idea y para empezar a pensar que las diferentes construcciones sectoriales han conquistado una autonomía científica suficiente, de modo que la costumbre (todavía vigente) de utilizar la expresión «ciencia dogmático-sistemática» estaría enmascarando con una etiqueta unificadora la situación real de un tipo de conocimiento jurídico fragmentado en múltiples disciplinas o ramas científicas dispares. En efecto, el proceso histórico de diversificación y especialización de su propio objeto de estudio (el Derecho o conjunto de normas jurídicas) parece haber llevado a esta ciencia a dividirse en tantas manifestaciones particulares como son los sectores o parcelas autónomos de la normatividad jurídica. Así, pueden y deben señalarse, como ámbitos específicos en los que se realiza hoy el conocimiento jurídico normativo-sistemático, una gran multiplicidad de disciplinas parcialmente independientes [6].

Por otra parte, tales disciplinas han ido surgiendo dentro de un dinamismo que ha estado guiado, al parecer, por varios impulsos o principios activos uniformes, cuyo conocimiento permite entender el sentido de la evolución. Y, por eso, aunque no se va a entrar en el examen pormenorizado de la evolución seguida por cada una de las disciplinas, sí se hará un breve repaso de los principios o leyes que han animado el desarrollo general y la fragmentación interna de lo que comenzó siendo una actividad científica unitaria y ha concluido en un rico mosaico de manifestaciones parcialmente autónomas. La razón está en que este repaso permitirá llegar a una idea clara sobre el problema de si debe hablarse de una sola ciencia normativo-sistemática o si es preferible pronunciarse a favor de la existencia de varias y diferentes ciencias.

En efecto, esos principios o leyes demuestran que la tendencia avanza hacia una creciente independización de las diferentes parcelas, pero pone al descubierto al mismo tiempo que se mantiene una complementariedad funcional de base. Su formulación puede concretarse en los siguientes enunciados:

1. Principio del progresivo desarrollo y autonomía de los diversos sec-

---

[6] Por ejemplo, el «Derecho Constitucional», el «Derecho Civil», el «Derecho Penal», el «Derecho Mercantil», el «Derecho Procesal», el «Derecho Administrativo», el «Derecho Laboral», el «Derecho Internacional Privado» o el «Derecho Financiero», investigaciones jurídicas específicas que, junto a otras disciplinas no integradas directamente en la ciencia dogmática del Derecho, forman el cuadro básico de las asignaturas que se explican en la Carrera de Derecho.

Este dato decisivo nos exime de la necesidad de explicitar ahora el contenido y las características de cada una de esas manifestaciones de la ciencia jurídica, puesto que todas ellas van a ser objeto, en su momento, de explicación específica dentro de los Cursos posteriores de la Licenciatura. Sí procede, sin embargo, dar un toque de atención sobre el hecho de que el nombre de esas disciplinas científicas y académicas se aplica también a los respectivos sectores o cuerpos de normas a los que se refieren.

tores o cuerpos normativos dentro del Derecho. Este desarrollo viene, a su vez, impuesto y orientado por la importancia que adquieren en cada momento los respectivos campos o áreas de las relaciones sociales sobre las que se aplica la regulación jurídica y por las necesidades que esas relaciones plantean a la vida jurídica.

2. Principio de la progresiva fragmentación y especialización del conocimiento científico dogmático-sistemático del Derecho. En función del proceso de especialización y compartimentación seguido por los diversos bloques o sectores normativos que regulan los diferentes campos de las relaciones sociales, la actividad científica ha ido también autosegregándose y consolidando un cierto nivel de autonomía.

3. Principio de la parcial autosuficiencia de cada una de las disciplinas o saberes en que se fragmenta la ciencia jurídica dogmático-sistemática. Por un lado, teniendo en cuenta que esta fragmentación tiene un fundamento primordialmente funcional y académico, se comprende fácilmente que, entre las diversas disciplinas, se dé una coincidencia metodológica casi total. Pero, por otro, en cuanto que el objeto específico es diferente, resulta lógico que cada disciplina desarrolle un sistema de conocimientos peculiares y distintos, por lo que se muestra como parcialmente diferenciable de las otras manifestaciones de la ciencia dogmática del Derecho.

4. Principio de la complementariedad funcional de los distintos saberes especiales desarrollados dentro de la ciencia normativo-sistemática del Derecho para el conocimiento total del respectivo ordenamiento jurídico. Es claro que cada una de las ciencias particulares da explicación únicamente de una parcela del Derecho vigente en un país. En consecuencia, todas ellas incluyen una mutua relación de complementariedad en orden a la explicación global de la normatividad jurídica vigente en un determinado ámbito espacial y temporal.

Así pues, los diversos sectores o áreas especializadas de la actualidad [7] pueden ser entendidos como verdaderas ramas en que se ha multiplicado el viejo tronco unitario del conocimiento jurídico normativo, puesto que conservan una gran coincidencia en los elementos o aspectos fundamentales. En consecuencia, su funcionamiento operativo independiente no puede hacernos olvidar en ningún supuesto esa convergencia de base, esa común pertenencia al gran bloque del saber normativo-sistemático sobre el Derecho. Pero, al mismo tiempo, su autonomía funcional da pie para llegar a la conclusión de que no existe una unidad real, sino más bien una amplia diversidad de disciplinas independientes. Y, por otra parte, esta opción parece sintonizar mejor con el modo en que son entendidas y cultivadas en la actualidad esas disciplinas.

[7] Recuérdense los ejemplos de la nota precedente.

2. El problema del origen

Existen notables discrepancias sobre cuál es el momento en que puede situarse el nacimiento de las actuales ciencias normativo- o dogmático-sistemáticas del Derecho [8]. Sin embargo, suele darse por buena la tesis de que ese nacimiento no se produjo hasta el siglo XIX, puesto que fue en este siglo cuando el bloque del conocimiento jurídico normativo-sistemático adquirió un rango verdaderamente científico. En efecto, fue el siglo XIX el que asistió al desarrollo de los tres movimientos doctrinales que son considerados generalmente como cuna de las modernas ciencias jurídicas normativo-sistemáticas: la Escuela de la Exégesis (Francia), la Escuela Analítica (Gran Bretaña) y la Escuela Histórica del Derecho (Alemania). Puede aceptarse, por tanto, la doctrina general y, sin entrar en su examen crítico, centrar más bien la atención en las aportaciones de cada uno de esos tres movimientos doctrinales, ya que ellos han sido los que han determinado fundamentalmente la orientación y el carácter de la «nueva» ciencia.

A) *La Escuela de la exégesis*

Este movimiento o **Escuela**, fiel a la actitud sumisa, reverente y devota que había despertado en los juristas franceses de la época la promulgación del Código Civil de Napoleón (1804), imprimió al análisis científico del Derecho un fuerte espíritu de dogmatismo autoritario, que ha marcado hasta nuestros días a las diversas ciencias jurídicas normativo-sistemáticas. Así lo demuestran los rasgos que han sido considerados posteriormente como caracteres típicos de la Escuela. Esos rasgos son:

1. *Positivismo legalista*, consistente en la reducción del Derecho a las leyes o normas establecidas por los órganos legisladores del Estado. No sólo consideraban a la ley estatal como la fuente principal del Derecho, sino que afirmaban que toda ley estatal era Derecho y que todo el Derecho estaba contenido en las leyes estatales, en cuanto que no podía existir Derecho, ni *contra* ni *fuera de* esas leyes.
2. *Codicismo* o actitud de *culto al texto* del Código civil. En cuanto que

[8] Aunque parecen existir algunos imprecisos antecedentes en el pensamiento griego, el mundo antiguo no ofreció una manifestación relativamente clara de este tipo de conocimiento jurídico hasta la actividad de los primeros «iuris prudentes» romanos. Pero fue la obra de los Glosadores y Comentaristas del «Corpus Iuris» justinianeo la que contribuyó a formar un bloque de doctrina en torno al significado de las diversas leyes o disposiciones jurídicas, que puede considerarse ya como una inicial manifestación de la ciencia dogmática del Derecho. Con el Renacimiento, el estudio del derecho positivo inició un desarrollo cada vez más depurado y sistemático, es decir, más «científico», llegando a un alto grado de madurez en los siglos XVII y XVIII. Finalmente, en el siglo XIX, la ciencia jurídica normativo-sistemática alcanzó ya un nivel de plenitud.

ese Código era reconocido como cuerpo básico del Derecho estatal y como máxima realización de la racionalidad jurídica que encarnaba en las leyes, los autores de la Escuela de la Exégesis sostuvieron que debía ser también el único centro de preocupación de los juristas, de tal modo que la misión de éstos se reducía a interpretarlo o simplemente a comentarlo. Y ello porque pensaban que, con el Código, el Derecho civil había quedado ya definitivamente constituido y cerrado, por lo que carecería de sentido pensar en la posibilidad de recurrir al arbitrio del intérprete.

3. *Autoritarismo estatista*, consistente en afirmar que la voluntad o «intención del legislador» expresada mediante el Código debía ser asumida como factor decisivo en toda actividad de aplicación-interpretación del Derecho. El espíritu de quien había hecho el código era un guía seguro que debía prevalecer incluso sobre los propios términos en que se expresaba la ley. Y, así, las leyes debían entenderse y aplicarse según el designio de la autoridad que las había establecido, es decir, conforme a la voluntad del Estado. Cualquier planteamiento crítico-creador era rechazable.

4. *Formalismo dogmático.* Este formalismo, apoyado en la sacralización de las fórmulas o textos en que se recogían las disposiciones contenidas en el Código Civil, se expresaba sobre todo a través de elaboraciones científicas cuyo núcleo central estaba constituido por construcciones teóricas realizadas con categorías conceptuales generales y abstractas. Tales conceptos se establecían, a su vez, a partir de las propias normas contenidas en las leyes, de modo que casi nunca se correspondían con los problemas reales que planteaba el dinamismo de la vida social, ni con las necesidades que presentaban las relaciones que eran reguladas por las normas jurídicas. Por eso, puede decirse que eran conceptos formales (por cuanto se elaboraban al margen de la realidad) y que su formalismo era de carácter dogmático, puesto que asumía los textos legales como si fuesen datos científicos indiscutibles (es decir, *dogmas*).

B) *La Escuela analítica*

La contribución de la **Escuela** o movimiento **de la jurisprudencia analítica** [9] al desarrollo de la ciencia normativo-sistemática del Derecho puede ci-

[9] Esta **Escuela** o movimiento tuvo su desarrollo inicial en Gran Bretaña, gracias sobre todo a los planteamientos de J. AUSTIN, discípulo de J. BENTHAM. Siguiendo fielmente en este punto a su maestro, AUSTIN distinguió dos clases de teoría del derecho: la teoría «expositiva» (o *jurisprudencia general*) y la teoría «censoria» (o *ciencia de la legislación*). La segunda, a pesar de haber sido considerada por BENTHAM como extraordinariamente importante, no mereció la atención de AUSTIN. El se ocupó fundamentalmente de la primera, contribuyendo de esta forma en grado notable al desarrollo de la ciencia normativo-sistemática del Derecho.

frarse en la afirmación y defensa de dos postulados básicos. En primer lugar, la tesis de que el objeto propio de análisis de esa ciencia (llamada «jurisprudencia general» o teoría «expositiva» del Derecho) es únicamente el Derecho positivo, es decir, el Derecho real, Derecho que, por otra parte, es identificado por AUSTIN con el mandato o conjunto de mandatos que han sido establecidos por un sujeto soberano dentro de una sociedad política independiente. En segundo lugar, la exigencia de que la ciencia jurídica centre sus análisis en el estudio de los conceptos generales que se descubran a través de un examen comparativo (y tendencialmente unificador) de los diferentes datos procedentes de los ordenamientos jurídicos de las sociedades más avanzadas. Esta escuela propugnaba, por tanto, el desarrollo de una teoría del Derecho positivo en general, es decir, de una teoría que analizara las categorías jurídicas fundamentales comunes a todos los Derechos y que se preocupara sobre todo de fijar su delimitación lógica, distinguiéndolas de conceptos afines, de enumerar sus diferentes manifestaciones y de determinar las relaciones de carácter lógico que existen entre ellas. Esta era la única forma que tenía la jurisprudencia o teoría del Derecho (es decir, la nueva ciencia jurídica) para llegar a realizar su misión propia y característica: la construcción de un sistema racional de conceptos jurídicos en el que quedase reflejada la coherencia y coordinación formal de las propias normas jurídicas.

Así pues, la Escuela Analítica contribuyó en forma notable a consolidar el rumbo positivista, formalista-conceptualista y dogmático de la ciencia jurídica normativo-sistemática.

C) *La Escuela histórica*

Se reconoce también generalmente que la **Escuela Histórica del Derecho** contribuyó en forma muy directa al gran desarrollo que la ciencia jurídica alcanzó en el siglo XIX [10]. Esta afirmación parece indiscutible, pero ha de ser matizada porque, como se verá enseguida, los planteamientos de esta Escuela (y, por consiguiente, su aportación al desarrollo de la ciencia del Derecho) fueron especialmente sinuosos y, a veces, ambiguos.

Un primer dato importante para medir la influencia que la Escuela Histórica del Derecho tuvo en la orientación general de la ciencia jurídica es su afirmación de que el verdadero Derecho no es nunca producto de la razón o de la voluntad de un legislador individual, sino creación progresiva de las convicciones que animan al espíritu de cada pueblo, al igual que el lenguaje,

[10] Incluso se ha llegado a afirmar (P. KOSCHAKER) que esta Escuela fue la iniciadora de la moderna ciencia jurídica, al menos en Alemania.

el arte y la cultura. Consecuentemente, la ciencia jurídica ha de concentrarse en el estudio de la realidad histórica del Derecho [11].

Sin embargo, a pesar de la expresa proclamación de esta especie de dogma constitucional, los principales representantes de la Escuela, no sólo centraron su atención en el estudio del Derecho Romano (Derecho asumido en los Estados alemanes a partir del siglo XVI), sino que desarrollaron ese estudio mediante una metodología científico-sistemática rigurosa, orientada hacia la depuración de los conceptos jurídicos centrales, la progresiva generalización y abstracción de las teorías y la determinación de la «esencia» de las relaciones o instituciones jurídicas. Evidentemente, esta actuación supuso una doble y flagrante infidelidad al fundamental postulado de la historicidad del Derecho, pero fue esa infidelidad la que hizo posible que la Escuela Histórica del Derecho contribuyese a consagrar una de las tendencias características de la ciencia jurídica moderna: el formalismo conceptual. En efecto, tanto los trabajos de SAVIGNY como, sobre todo, los de PUCHTA y WINDSCHEID fueron los responsables directos de que se desarrollase en toda su plenitud la aportación que ha llegado a ser considerada como la manifestación más típica de la ciencia jurídica del XIX: la «jurisprudencia de conceptos». Así pues, aunque la Escuela Histórica del Derecho cayó en la paradoja de impulsar una línea de desarrollo de la ciencia jurídica de corte racionalista, esclava de la coherencia lógico-sistemática y, por tanto, tan antihistórica y dogmática como la desarrollada por la doctrina del Derecho Natural a la que se oponía [12], la aportación de algunos de sus más destacados miembros fue decisiva para el propio nacimiento de esa ciencia jurídica y, sobre todo, para definir su orientación metodológica.

3. La caracterización

¿Cómo podemos caracterizar en la actualidad a las ciencias (o ciencia) jurídicas normativo-sistemáticas? ¿Cuáles son sus rasgos definitorios que

[11] Con este postulado, la Escuela Histórica se oponía radicalmente a la doctrina racionalista del Derecho Natural, tanto en la tesis de la existencia de una legalidad jurídica necesaria y universal como en la afirmación de que la genuina ciencia jurídica sólo puede construirse a través del análisis de esa realidad.

La oposición de la Escuela Histórica a la doctrina racionalista del Derecho Natural y su defensa del carácter histórico y popular del verdadero Derecho son objeto de explicación específica en la **Lección XXXI**.

[12] No puede resultar extraño, pues, que la historia posterior de las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas haya sido en gran medida una especie de esfuerzo de Sísifo por liberarse de la antihistórica orientación impuesta por la jurisprudencia conceptualista y por asumir otra que primase el conocimiento del Derecho en cuanto creación viva de la sociedad. Sin embargo, como en el mito de Sísifo, esas ciencias han vuelto una y otra vez a la sintonía con los postulados del conceptualismo, si bien con algunas correcciones que limitan sus consecuencias más negativas. De ahí que las

permiten distinguirlas de las otras grandes manifestaciones del conocimiento científico del Derecho?

A) *Orientaciones posibles*

Al menos de una forma indirecta o implícita, las consideraciones expuestas en el apartado precedente han puesto en evidencia que son posibles dos grandes formas contrapuestas de entender el objeto, el método y la finalidad de las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas: la formal-conceptualista y la histórico-realista. Por otra parte, esas dos alternativas han tenido su correspondiente proyección en el desarrollo histórico de la ciencia jurídica y han mantenido posiciones radicalmente enfrentadas en muchos puntos. Así, para la primera, el conocimiento científico del Derecho es ante todo una construcción sistemática de elementos conceptuales; y esa construcción es el único camino que lleva al descubrimiento del contenido normativo permanente del Derecho en sí mismo, Derecho que se ha plasmado históricamente en los diferentes conjuntos de la normatividad jurídica estatal (reflejada de forma ejemplar en los Códigos). Para la segunda, en cambio, la ciencia jurídica es más bien una investigación centrada en las concreciones históricas del Derecho, un análisis concreto y empírico del único y auténtico Derecho: el Derecho real y práctico que se desarrolla en el seno de la sociedad, al margen e incluso en contra del Derecho estatal legislado. ¿Cuál de estos dos enfoques es preferible?

Al parecer, la actitud metódica más correcta sería aquella que asumiera las exigencias de las dos posiciones enfrentadas. Y ello porque tales exigencias responden al peculiar modo de ser y operar de lo que es su objeto central de estudio: la normatividad jurídica. En efecto, por una parte, la ciencia «dogmática» del Derecho tiene que estudiar un ordenamiento jurídico determinado en el tiempo y en el espacio; y tiene que estudiarlo como lo que es: un conjunto de normas que constituyen un sistema tendencialmente unitario dotado de una cierta coherencia y plenitud, tanto lógica como normativa [13]. Pero, por otra parte, hay que tener también en cuenta que ese ordenamiento jurídico no es una realidad puramente lógica.

Por eso, las ciencias normativo-sistemáticas del Derecho tendrán que desarrollar dos tipos de reflexiones. Por un lado, las que corresponden a las tareas de construcción del sistema de conceptos que subyacen a la normatividad vigente y que, en consecuencia, forman parte de su propia realidad.

---

distintas ramas particulares de la actual ciencia jurídica normativo-sistemática sean todavía en gran medida abstractas, dogmáticas y formales.

[13] Ver las **Lecciones VIII** y **IX**.

Por otro lado, las que se orientan a la explicación del Derecho como realidad viva y como agente normativo inmerso en el dinamismo de la vida social. No es pensable que el estudioso del Derecho pueda despreocuparse de los diversos factores reales que, desde la compleja trama de la vida social, contribuyen en cada momento a determinar el verdadero alcance normativo de las reglas jurídicas. Por ello y en definitiva, las llamadas ciencias jurídicas normativo-sistemáticas han de ser entendidas, explicadas y desarrolladas como la elaboración y reconstrucción racional de un material científico (las normas) que, en cuanto dato histórico, está condicionado en su sentido y alcance por el contexto fáctico en el que actúa.

B) *Los rasgos diferenciales*

Uno de las notas distintivas que son comunes a todas las ramas de la ciencia jurídica normativo-sistemática es tener como objeto inmediato y directo de sus análisis (sea cual sea el enfoque bajo el que ellas mismas se desarrollan) a las *normas jurídicas vigentes*, en cuanto están vigentes y sólo mientras estén vigentes. Así, la pérdida de la vigencia por parte de cualquier norma jurídica supone como efecto inmediato que esa norma deje de formar parte del objeto de estudio de la respectiva rama de la ciencia [14].

Las ciencias normativo-sistemáticas del Derecho se caracterizan, además, por tener la preocupación central de determinar en forma genérica (sin atender a ningún caso concreto) qué es lo que manda cada una de las reglas jurídicas, es decir, cuál es su contenido o alcance normativo. Ahora bien, para lograr este objetivo general, resulta inevitable que los estudiosos desarrollen una amplia gama de operaciones particulares, entre las que cabe destacar las siguientes: * examen de las normas jurídicas en su sentido literal inmediato; * consideración de su posición dentro del contexto próximo y dentro del sistema jurídico total; * investigación de los datos que proporciona su génesis legislativa; * toma en cuenta de sus precedentes históricos más inmediatos; * análisis de la posición relacional que tienen las normas dentro del sistema social total al que pertenecen; * valoración de los diferentes datos determinantes que proporciona la vida jurídica diaria, especialmente

[14] La *vigencia* es la cualidad que permite a las normas jurídicas actuar como determinantes efectivos de las conductas de los sujetos jurídicos. Sólo las normas jurídicas vigentes son efectivamente vinculantes y obligatorias hasta el punto de que su cumplimiento pueda ser exigido por los órganos responsables (agentes de la autoridad, jueces, etc.). Con frecuencia, se identifica a la vigencia de las normas con su validez (ver la **Lección VII**), pero son dos rasgos separables. En efecto, aunque para que una norma jurídica esté vigente es imprescindible que sea válida, puede darse el caso de que una norma perfectamente válida desde todos los puntos de vista «todavía» no esté vigente (porque no se han cumplido todos los requisitos para que entre en vigor) o no esté «ya» vigente (porque ha concluido el tiempo de su vigencia).

desde el punto de vista de la actuación de los tribunales y * contraste con lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos y con la solución dada por otras explicaciones o teorías [15].

Por otra parte, ha sido también característico de las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas que sus cultivadores realicen estas dos actividades complementarias: la construcción conceptual y la sistematización. La **construcción** conceptual consiste en la elaboración de las categorías lógicas (conceptos) genéricas que, aunque no tienen una presencia inmediata en las normas jurídicas, están contenidas en ellas [16]. A su vez, la **sistematización** trata de coordinar e integrar racionalmente todas las categorías conceptuales en una unidad lógica superior (el sistema u ordenamiento jurídico), de tal modo que, ante cualquier problema o conflicto que el desarrollo de las relaciones sociales pueda plantear, resulte siempre posible a los juristas formular algún tipo de respuesta o solución jurídica aceptable [17].

De esta forma, las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas alcanzan el objetivo que, como se ha señalado, le es más típicamente peculiar dentro del conjunto del saber jurídico: delimitar el sentido y el alcance normativo del complejo de reglas jurídicas que, como Derecho vigente en un determinado espacio jurídico y en un tiempo actual, se aplican a un sistema dado de relaciones sociales. Y en ese punto se pone de manifiesto otra de sus notas o rasgos característicos: su *destino final operativo*, práctico, su misión de contribuir a la inmediata aplicación o realización del Derecho. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que ese destino práctico sólo podrá realizarse en toda su plenitud al amparo de la función teórica de delimitación, clarificación y sistematización de los contenidos normativos. Por lo cual ha de llegarse a la

---

[15] Las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas pueden ocuparse, por lo demás, o bien del contenido global del Derecho vigente en un país determinado (por ejemplo, el Derecho español, el Derecho alemán...), o bien de una rama o sector de ese Derecho (por ejemplo, el Derecho civil español, el Derecho penal portugués...), o bien del contenido de un sector del Derecho en diversos países (tal como haría, por ejemplo, un «estudio comparado del Derecho de familia europeo» o una revisión de «el moderno Derecho mercantil»). Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la inclusión de esta última actividad en el ambito de las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas está sometida a discusión. En efecto, tal tipo de estudios parece caer dentro del ámbito de la investigación comparatista, investigación que es concebida por muchos autores como una disciplina científica independiente.

[16] Así, esas ciencias han construido los conceptos de «norma», «negocio jurídico», «persona jurídica», «derecho subjetivo», «deber jurídico», «abuso del derecho», «relación jurídica», etc. La utilidad de estos conceptos radica en que, una vez explicitados, permiten que la regulación que establecen unas normas sea proyectada también a otros varios supuestos de la vida jurídica que no están previstos de forma directa en esas normas.

[17] Esta tendencia a la sistematización no es solamente una exigencia del constructivismo lógico de la ciencia jurídica. Es también un imperativo de la praxis, ya que esta praxis se sustenta sobre el principio-exigencia del carácter jurídico de todas las conductas sociales de los hombres. (Así parece confirmarlo esa generalizada práctica de imponer a los jueces el deber de resolver siempre *jurídicamente* cualquier caso que les sea planteado). La problemática suscitada en torno al carácter sistemático del ordenamiento jurídico ha sido explicada en las **Lecciones VIII** y **IX**.

conclusión de que las diversas ciencias jurídicas normativo-sistemáticas tienen un *carácter* simultánea e inevitablemente *teórico y práctico*: teórico en cuanto que explican científicamente los ordenamientos jurídicos vigentes, práctico en la medida en que orientan la efectiva operatividad de esos ordenamientos [18].

III. Las ciencias jurídicas lógico-sistemáticas

Dentro del área del conocimiento científico del Derecho existe un sector (cada día más amplio) cuyas manifestaciones se caracterizan por la peculiar implicación lógica de los problemas que analizan. Es obligado, pues, recoger en esta lección una breve referencia a las *ciencias jurídicas lógico-sistemáticas*, aunque, como es sabido, se discute aún si sus diversas manifestaciones tienen o no la suficiente autonomía como para que se pueda hablar de disciplinas distintas o si, más bien, será preciso reconocer que se trata sólo de fachadas de una única construcción científica.

De hecho, una de las preguntas que se han formulado persistentemente a sí mismos los juristas de todas las épocas ha sido la relativa al procedimiento lógico más adecuado para desarrollar los procesos cognoscitivos que puedan lleva en cada caso a la correcta solución jurídica del conflicto planteado. Tanto los viejos y nuevos tratados de metodología del Derecho, como los estudios acerca de la argumentación jurídica o las recientes investigaciones sobre la iuscibernética, intentan responder en última instancia a la pregunta por los principios y reglas lógicas que pueden guiar a los operadores jurídicos en la realización de su trabajo. ¿Qiere decir este dato que esas investigaciones y estudios no son más que simples variaciones sobre la problemática central de la lógica jurídica? Probablemente no, pero sí sugiere, cuando menos, que las cuestiones centrales de todos ellos son de índole lógica. Y, en esa medida, puede ser razonable concentrar las breves explicaciones siguien-

---

[18] Esta es la doble dimensión significativa de las ciencias del Derecho que muchos autores quieren poner de relieve cuando hablan de su carácter «dogmático» y de su carácter «técnico». Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estos términos presentan de por sí unas connotaciones significativas históricamente más condicionadas y circunscritas que las de lo teórico y lo práctico.

Teoría y praxis son dos momentos dialécticos en las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas, nunca dos etapas cronológica o sistemáticamente sucesivas de las mismas. Cada norma jurídica concreta o cada institución jurídica, en cuanto objeto de la ciencia del Derecho, tienen su dimensión teórica y su dimensión práctica porque, no sólo exigen ser conocidas y explicadas en su sentido y alcance normativo, sino que conducen también a algún tipo de solución o realización eficaz. Obviamente, si no fuesen desentrañadas en su sentido, si no fuese conocido su alcance, las normas jurídicas no podrían realizar su propia eficacia directiva. Pero, por otra parte, ¿de qué serviría un conocimiento jurídico teórico que no concluyese en la posibilidad de extraer una solución práctica? Función o sentido teórico y función o sentido práctico son, pues, dos componentes indefectibles en las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas.

tes en la pregunta acerca de cuál es el método lógico que corresponde a las actividades cognoscitivas que se realizan en relación con el Derecho, pregunta que, obivamente, ha sido contestada por los estudios de lógica jurídica.

Pero, en este punto, nos encontramos con que tales estudios han atravesado dos períodos netamente diferenciables. Por una parte, un largo período inicial en el que el tratamiento de la lógica aplicable al Derecho era afrontado dentro de una especie de conciencia de «normalidad» lógica del mundo jurídico. En ese período, se partía de la convicción de que en la solución de los problemas jurídicos podían y debían aplicarse las mismaos reglas y principios lógicos utilizados en la actividad cognoscitiva desarrollada a propósito de cualquiera de las otras realidades cognoscibles. Por otra parte, un período, iniciado en fecha reciente, en que se enfoca el problema de la lógica aplicable al Derecho con una conciencia de «anormalidad» o «excepcionalidad», en el sentido de que se piensa que las realidades jurídicas constituyen unos objetos lógicos peculiares y que, en consecuencia, no pueden ser aplicados en su análisis los mismos procedimientos lógicos empleados en el desarrollo de las investigaciones que se llevan a cabo en relación con las otras realidades [19].

La peculiaridad lógica, al menos parcial, del Derecho sería, así, el gran fundamento para una primera justificación de una ciencia de la lógica jurídica que sea independiente y específica. Ahora bien, este supuesto no es unánimemente admitido, por lo que, a la hora de formular la caracterización o configuración de esa ciencia, es posible contabilizar, al menos, dos posiciones enfrentadas: la que se apoya en la concepción de la lógica jurídica como una simple proyección o aplicación de la lógica general al campo del Derecho y la que parte de la idea de que dicha lógica es una lógica específicamente distinta. Por consiguiente, muchos de los autores que se han ocupado del tema de la lógica que aplican los juristas a las operaciones de interpretación, integración y construcción sistemática del ordenamiento jurídico han llegado a la conclusión de que esa lógica coincide totalmente con la lógica general. En cambio, otros estudiosos opinan que esa conclusión es insostenible, puesto que la lógica ordinaria o formal demostrativa, no sólo no sería operativa, sino que ni siquiera tiene cabida en los razonamientos de los juristas, de modo que no queda otra salida que entender y desarrollar la lógica jurídica como un instrumento peculiar y específico del análisis de las normas y las proposiciones jurídicas. ¿Qué opción seguir?

No será fácil decidirse. Pero sí resultará inevitable reconocer que, sea

[19] Es obvio que este segundo es el momento en que llega a plantearse en toda su agudeza el problema de la *lógica jurídica*, puesto que la búsqueda de una lógica peculiar para el tratamiento de las cuestiones que plantea el pensamiento jurídico sólo se justifica si se parte de una conciencia de excepcionalidad, es decir, si se actúa con la convicción de que el Derecho constituye un objeto lógico totalmente peculiar.

cual sea la opinión definitiva que se tenga acerca de la independencia de la lógica que guía a los juristas, el correspondiente tratamiento científico de esa lógica habrá de incluir el estudio de dos núcleos temáticos bastante diferenciados. El primer núcleo comprende todos aquellos problemas que han venido discutiéndose tradicionalmente en relación con el razonamiento de los juristas y las argumentaciones jurídicas, problemas que constituyen la temática predominante de las teorías de la interpretación jurídica o de la metodología del Derecho. El segundo núcleo abarca las nuevas y progresivas investigaciones sobre la estructura lógica de las normas y de las proposiciones normativas, así como sobre las posibilidades de formalización y cálculo de los razonamientos jurídicos, investigaciones estas últimas que se desarrollan siguiendo la orientación de los actuales estudios en el campo de la lógica deóntica. Que esta constatación dé o no pie a dividir el campo de la ciencia jurídica lógico-sistemática en dos disciplinas o sectores diferenciados (el de la metodología jurídica y el de la lógica jurídica propiamente dicha) es ya una cuestión que, como se ha señalado, sería muy prematuro resolver aquí.

LECCION XVIII

EL CONOCIMIENTO FILOSOFICO DEL DERECHO

¿Existe algún tipo de conocimiento jurídico que pueda y deba ser calificado como filosófico? Muchos autores tienen serias dudas sobre este punto y otros niegan simplemente la posibilidad misma de que haya un conocimiento sobre el Derecho que pueda ser calificado de filosófico. Sin embargo, la propia experiencia histórica es testigo de la prolongada presencia de un tipo de análisis y reflexiones sobre el Derecho que, no sólo se han presentado a sí mismos como filosóficos, sino que han sido reconocidos como tales por amplios sectores de la comunidad científica. Y, por otra parte, existen motivos suficientes para pensar que algunos de los problemas teóricos que plantea la vida jurídica no pueden ser resueltos más que por un tipo de conocimiento que sea capaz de superar las limitaciones con que chocan el conocimiento jurídico práctico y el conocimiento jurídico científico. Parece razonable, por tanto, asumir sin mayor debate el punto de partida de que el conocimiento filosófico del Derecho, no sólo es un conocimiento mayoritariamente reconocido y aceptado, sino que es también un tipo o nivel de reflexión sobre el Derecho sin el que éste permanecería parcialmente inexplicado.

I. Fundamentación, carácter y problemas del saber filosófico-jurídico

Una vez aceptada, según se acaba de señalar, la existencia del conocimiento o saber filosófico del Derecho como un dato no sometible a discusión, las ulteriores explicaciones sobre este conocimiento pueden limitarse a indicar cuál es el fundamento y la razón de ser de su existencia, cuáles son

los rasgos determinantes de su peculiaridad como saber jurídico y cuáles son los grandes temas o problemas de que se ocupa.

1. El fundamento de existencia

Según parece, hubo un tiempo –la época anterior a los Sofistas– en que aún no había filosofía del Derecho. Y hubo otro tiempo –la segunda mitad del siglo XIX– en que el conocimiento filosófico del Derecho en su sentido tradicional había sido desterrado de la mayor parte del ámbito de los estudios jurídicos, de tal modo que llegó a producirse la impresión de que había desaparecido ya para siempre. Y estos datos sugieren la sospecha de que tal vez la existencia de la reflexión o saber filosófico-jurídico depende de motivaciones tan aleatorias o caprichosas que no es posible encontrarle ningún fundamento sólido y permanente. Sin embargo, esa inicial impresión es desmentida por otros datos que proporciona asimismo la Historia. En efecto, la propia historia general del pensar jurídico nos lleva de la mano hacia la conclusión del carácter necesario del conocimiento filosófico del Derecho a través de esta decisiva constatación: las dos vías que han conducido de forma habitual el conocimiento humano hasta el nacimiento o la renovación de la filosofía del Derecho (las preocupaciones de los juristas, tanto teóricos como prácticos, y la reflexión de los filósofos) han avanzado siempre por la presión de algún tipo de necesidades, intereses o aspiraciones de carácter necesario. Así que la reflexión filosófico-jurídica sobre el Derecho aparece como un inevitable punto de llegada de esas dos vías de conocimiento de la realidad jurídica.

A) *El camino de las preocupaciones de los juristas*

Es una constante históricamente contrastada que el nacimiento o la intensificación de los planteamientos iusfilosóficos han sido agijoneados con frecuencia por la incapacidad de los juristas (teóricos o prácticos) para responder, desde el estricto círculo de su propia actividad, a muchos de los interrogantes profundos que tal actividad suscita [1]. Así lo ha confirmado muy llamativamente

[1] Tanto los juristas prácticos (legisladores, jueces, funcionarios de la Administración, operadores jurídicos privados...) como los juristas teóricos (científicos del Derecho), se encuentran a menudo con problemas que no tienen solución satisfactoria dentro del sistema de conocimientos que corresponde a la función que cada uno desempeña. Y, de esta forma, las propias limitaciones del saber jurídico práctico o del saber científico del Derecho imponen el desarrollo de un tipo distinto y superior de conocimiento que los complemente. Ese conocimiento, que puede ciertamente ser designado con cualquier denominación, es el que ha venido siendo etiquetado con el nombre de «filosofía del Derecho».

el renacimiento de la filosofía del Derecho producido en Europa en las postrimerías del siglo XIX y, sobre todo, en el arranque del XX.

En efecto, tras el gran eclipse que la metodología filosófica del iusnaturalismo experimentó al filo de la segunda mitad del siglo XIX [2], el pensamiento filosófico sobre lo jurídico empezó a renacer en la mente y en las obras de varios juristas y científicos del Derecho, precisamente cuando éstos se vieron obligados a hacer estas dos constataciones: que su propia reflexión era incapaz de explicar por sí sola los supuestos básicos en que ella misma se asentaba y que era también insuficiente para aclarar la problemática que plantean las ideas o principios directivos que dan sentido al Derecho e incluso a las ciencias que lo estudian. Fue, pues, la conciencia de esta doble penuria o incapacidad la que disparó de nuevo, desde el campo de la práctica o de la ciencia jurídica, la reflexión filosófica sobre el Derecho [3].

Es necesario reconocer, por tanto, que los problemas con que tropiezan los juristas prácticos o los científicos del Derecho conducen de forma inexorable la reflexión jurídica hasta los planteamientos filosóficos, tanto si se trata de cuestiones derivadas del concepto esencial del Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales, como si consisten en preguntas relativas a la justicia o injusticia de las normas jurídicas vigentes [4]. Y, consecuentemente, es también obligado aceptar el carácter insustituible de la función que cumple el conocimiento filosófico del Derecho en el marco del saber jurídico, por cuanto ese conocimiento es el único capaz de aclarar y resolver muchos de los problemas más graves, acuciantes e insistentes que acosan a los otros niveles del conocimiento jurídico sin que éstos puedan solucionarlos.

B) *La vía de las reflexiones de los filósofos*

Constituye también un dato histórico fácilmente contrastable el hecho de que el desarrollo del conocimiento filosófico del Derecho ha sido impul-

---

[2] Véase la **Lección XXXI**.

[3] Parece demostrado que ninguna de las ramas de la ciencia jurídica está capacitada para aclarar de modo suficiente y con el debido rigor ni el concepto universal o esencial del Derecho (concepto que a todas luces se encuentra en la base de cualquier manifestación de esa ciencia) ni aquellos otros conceptos jurídicos fundamentales que se constituyen en presupuesto e instrumento imprescindible de cualquier conocimiento científico del Derecho. Y tampoco lo está para responder a las preguntas que le surgen sobre la corrección o legitimidad ética (justicia) de las normas jurídicas vigentes.

[4] El florecer bajo la presión de necesidades vitales acuciantes es el eterno sino de la filosofía y no sólo de la filosofía del Derecho. La curva de intensidades que la actividad filosófica marca a lo largo de la historia demuestra con toda evidencia que, cuando el hombre vive satisfecho con la realidad dentro de la que desarrolla su vida, entonces no filosofa, se limita a sobrevivir. Cuando, en cambio, sufre la experiencia de que la realidad no responde a sus necesidades, a sus proyectos o a sus esperanzas, entonces la somete al análisis de su insistente reflexión filosófica.

sado a menudo por los estudiosos de la filosofía general. Y este hecho resulta especialmente significativo, si se tiene en cuenta que la reflexión filosófica, por exigencias de su propia estructura interna, tiene vocación de totalidad, de tal modo que no podría despreocuparse de una realidad que, como el Derecho, influye tan decisivamente en la organización social y en la misma vida personal de los hombres. Así, el conocimiento filosófico del Derecho encuentra un nuevo y sólido fundamento en la necesidad que tiene la filosofía general de dar una explicación sistemática del sentido que corresponde al Derecho en el proyecto existencial del hombre y de la organización social.

Ciertamente, ese conocimiento radical y totalizador que es la filosofía se caracteriza ante todo por intentar desentrañar el misterio profundo de la realidad Universo que tiene ante sí [5]. Pero, al hacerlo, uno de los primeros datos problemáticos que le reclaman explicación es el de la propia yoidad (subjetividad) del sujeto que filosofa, yoidad inscrita y constituida dentro de una trama o sistema de relaciones intersubjetivas. Y, así, la reflexión o conocimiento filosófico, al ocuparse de explicar la existencia del propio sujeto que filosofa, se encuentra en la necesidad de dar también explicación de la existencia de los otros sujetos y de la recíproca e inevitable relación que les une [6]. Por tanto, el Derecho, en cuanto que atañe directamente a la dimensión convivencial de la existencia humana, cae de forma natural dentro del foco reflexivo primario del pensar filosófico, quedando integrado en el núcleo problemático o pregunta por el sentido de la vida humana y por la misión del hombre en el universo. Y, por ello también, la filosofía trata de descubrir en último término, al ocuparse del Derecho, cuál es la articulación de lo jurídico con el resto de las realidades mundanales, cuál es su sentido dentro de la realidad total.

Los problemas de la vida social y de su organización, problemas entre los que descuella el Derecho, entran frontalmente, pues, en el ámbito de la preocupación de la filosofía, ya que ésta, en cuanto conocimiento especializado de la realidad total o Universo (a diferencia de las distintas ciencias, que son conocimientos especializados en fragmentos de ese Universo), no puede desentenderse de ninguno de los elementos que integran esa realidad. Sobre todo, cuando esos elementos, como ocurre con el Derecho, forman

[5] Cuando el hombre, en su primer momento de pasmo existencial, contempla con curiosidad inquisitiva cada una de las cosas que le rodean, entonces está empezando a conocer. Cuando, en cambio, ese hombre, saturado ya de conocimientos epidérmicos sobre el mundo en el que vive, se pregunta por el origen, por la estructura íntima y por el sentido o destino final de ese mundo y de él mismo dentro del mundo, entonces está comenzando a filosofar. La filosofía es un conocimiento insistente, reflexivo, que se desarrolla bajo la insoslayable compulsión de ofrecer una explicación definitiva de la realidad total. Es, como ya señalara J. ORTEGA Y GASSET, un saber, no sólo *pantónomo*, sino también *autónomo*.

[6] Inevitable, porque es la radical posibilidad existencial de la propia diferenciación o autoidentificación de cada sujeto.

parte de la vida de quien es el autor y centro de atención de todo filosofar: el hombre.

Por eso la filosofía, que se realiza fundamentalmente como reflexión sobre el propio conocer (=teoría del conocimiento o gnoseología), y como reflexión sobre el actuar del sujeto cognoscente (=teoría de la conducta o ética), termina de forma inexorable siendo también reflexión sobre aquéllas realidades que, como el Derecho, se interfieren con el ser, con el conocer o con el actuar del sujeto que filosofa [7].

2. Carácter

El conocimiento filosófico del Derecho es, como todo conocimiento filosófico, una reflexión racional que se sitúa en el punto álgido de la abstracción, la independencia y la universalidad cognoscitiva. Por eso, puede ser caracterizado también con los mismos rasgos que el gran filósofo español ORTEGA Y GASSET asignó a la filosofía general y decir que es un saber autónomo y pantónomo. Por ser *autónomo*, este tipo de reflexión sobre el Derecho busca el conocimiento de los primeros principios y las razones últimas de lo jurídico, sin dar por firme ninguna verdad previa y sin fundamentar la veracidad de sus conclusiones en ningún otro conocimiento jurídico anterior, antes bien dando él mismo razón de la existencia, del sentido y del alcance de las otras manifestaciones o niveles de ese conocimiento, por lo que ha de considerarse el conocimiento jurídico primario desde el punto de vista lógico (no el primero desde el punto de vista genético). A su vez, por ser *pantónomo*, intenta proporcionar una comprensión totalizadora de la realidad jurídica, enfrentándose a ella con el designio de dar una explicación racional y motivada de lo jurídico en cuanto totalidad unitaria, de tal modo que no

[7] De ahí que la presencia de las disciplinas iusfilosóficas en los planes de formación de los juristas llegue a hacerse también indiscutible. No puede abandonarse a los estudiantes de Derecho al exclusivismo de unos conocimientos técnicos concretos e inmediatamente operativos. Es necesario que adquieran al mismo tiempo la información y la formación suficientes para tener unas ideas claras sobre el sentido y la función social del Derecho. Es preciso proporcionarles todos aquellos conocimientos que son capaces de ofrecer una visión global comprensiva del fenómeno jurídico. Y, sobre todo, resulta imprescindible desarrollar en ellos la actitud reflexiva, la conciencia responsable y crítica frente al Derecho, para someterlo siempre a un riguroso examen de racionalidad y legitimación que pueda justificar su propia existencia en cuanto instrumento básico de la organización social. La filosofía del Derecho (o cualquier otra disciplina que se quiera poner en su lugar teniendo el mismo contenido, aunque varíe el nombre) es el único tipo de saber que puede dar adecuada respuesta a las múltiples preguntas que surgen en torno al problema del sentido, el alcance y la misión esencial del Derecho dentro de la trama de la vida social. Y es también la única capaz de proporcionar explicaciones suficientemente profundas y satisfactorias a los múltiples interrogantes que, desde el lado de allá de sus propios contornos delimitadores, asedian a cada uno de los sectores de la práctica o de la ciencia jurídicas.

quede fuera de su ámbito de eficiencia explicativa ninguno de los aspectos o dimensiones de la realidad del Derecho o del conocimiento del mismo.

Al mismo tiempo, el conocimiento filosófico del Derecho ha de ser reconocido como un saber profundamente humanizador, ya que el foco central de su atención está en el hombre mismo, en cuanto sujeto titular y referencia última de todo el universo jurídico; principios, normas, valores, situaciones, relaciones, conductas, derechos o deberes gravitan hacia un mismo centro, que es la persona humana investida de la subjetividad jurídica. Así, este peculiar y supremo campo del conocimiento jurídico reproduce fielmente el *pathos* de la filosofía general, de la que es una manifestación o aplicación sectorial. En efecto, también la filosofía general tiene en el hombre, tal como han puesto de relieve con especial énfasis las filosofías vitalistas y existencialistas (en particular, las de versión hermenéutica), el centro que permite dar explicación fundada de todos los demás seres que constituyen su mundo existencial.

En consecuencia, el conocimiento filosófico del Derecho, en la medida en que ha surgido **desde** y se ha desarrollado **dentro de** la filosofía general, se presenta a sí mismo como una proyección o capítulo particular de ésta, puesto que en él se concreta y particulariza la pasión radical y totalizante que es propia del conocimiento filosófico [8].

3. Temas o problemas básicos

¿Cuál es la utilidad que ofrece el conocimiento filosófico del Derecho al sistema general del saber jurídico, al proceso de explicación racional del fenómeno jurídico y al proyecto de preparación o formación de los juristas? Lo hemos visto ya en buena medida al exponer cómo uno de los caminos que han conducido el pensamiento humano hasta la reflexión filosófica sobre el Derecho ha sido el que arranca de las preocupaciones y limitaciones teóricas con que tropiezan a menudo los juristas. Por eso, concluiremos ahora que los temas o problemas que corresponde aclarar y resolver a la filosofía del Derecho son precisamente los que sobrepasan la capacidad de explicación del conocimiento jurídico práctico y del conocimiento jurídico científico. Por ejemplo, el problema de la posibilidad y alcance del conocimiento jurídico, el problema de la delimitación y caracterización esencial del Derecho y el problema de la legitimación o justificación ética de la existencia y de los contenidos de las leyes jurídicas. Ahora bien, para dar cumplida

[8] Este carácter ha de afirmarse con independencia de que, siguiendo las discusiones técnicas de los especialistas, ese conocimiento haya de ser definido como una filosofía regional o como una filosofía aplicada.

respuesta a esas tres cuestiones básicas, el conocimiento filosófico del Derecho ha de explicar también una gran multiplicidad de temas particulares que es preciso mencionar en este momento con la finalidad de que se tenga, al menos, noticia de que tales temas (a menudo, decisivos para una adecuada formación jurídica) quedan fuera del campo de acción de las diversas ciencias jurídicas normativo-sistemáticas.

Así, corresponde al conocimiento filosófico del Derecho ocuparse de las siguientes actividades o tareas concretas:

a) En relación con la posibilidad y alcance del conocimiento jurídico: * análisis de la posibilidad radical, de las virtualidades y de las bases de fiabilidad del conocimiento racional práctico; * delimitación y coordinación de las respectivas tareas específicas de la filosofía ética, la filosofía jurídica y la filosofía política; * investigación acerca de las posibilidades, límites y exigencias metódicas de los diversos ámbitos del conocimiento jurídico [9].

b) En relación con la delimitación y caracterización esencial del Derecho: * fijación del sentido y la función que corresponde al Derecho dentro de la vida social, es decir, dentro de la vida del hombre en cuanto ser conviviente; * determinación de los elementos o principios básicos que constituyen la realidad óntico-existencial (= «naturaleza» o «modo-de-ser») del Derecho; * contraste de la normatividad jurídica con los otros tipos básicos de normatividad de la conducta humana social (Moral y Usos sociales, sobre todo); * examen de la dependencia estructural del Derecho respecto de los otros factores actuantes en la organización de la sociedad (como religión, economía o poder político); * determinación racionalmente fundada del concepto 'esencial' del Derecho y de las categorías jurídicas fundamentales [10].

c) En relación con la legitimación o justificación ética de las leyes jurídicas: * discusión fundamental (tanto desde el punto de vista histórico como desde el sistemático) acerca de los criterios que pueden/deben ser utilizados para medir el grado de racionalidad y humanidad (es decir, de corrección o justicia) de las normas jurídicas vigentes; * examen crítico del alcance de la

---

[9] Aquí quedaría incluida evidentemente esa que para muchos autores es la gran misión actual de la filosofía del Derecho: constituirse en teoría crítica de la(s) ciencia(s) jurídica(s). Y, asimismo, queda incluído también el connatural compromiso de delimitación y caracterización de la propia reflexión filosófico-jurídica.

[10] No es fácil discriminar las respectivas competencias de la *filosofía del Derecho* y de una posible *teoría general del Derecho* en relación con este grupo de problemas, muy especialmente en relación con las categorías jurídicas fundamentales. Suele señalarse como diferencia la validez «universal a priori» de las conclusiones de la filosofía del Derecho frente a la validez «general a posteriori» de las de la teoría general. Pero es discutible que una teoría general del Derecho de carácter no-filosófico no sea capaz de fijar unas categorías jurídicas básicas del conocimiento jurídico práctico y científico lo suficientemente fiables. Y, en consecuencia, no es infrecuente encontrarse con autores que afirman que esta es una tarea específica de la ciencia jurídica, incluso cuando reconocen plena legitimidad a las otras investigaciones filosófico-jurídicas.

obligatoriedad del Derecho dentro del análisis de las exigencias de armonización entre los imperativos del principio de ordenación ética pública (=Derecho/Moral social) y los del principio de ordenación ética privada (=Moral individual/Religión); * sistematización de una teoría global de los derechos humanos en la que se desarrolle una fundamentación racional de los mismos; * esclarecimiento de las exigencias radicales que los derechos humanos proyectan sobre la configuración de la ordenación jurídica de la convivencia.

Todas estas tareas particulares que el conocimiento filosófico del Derecho ha de realizar para aclarar adecuadamente los tres grandes problemas básicos que reclaman su atención son complementarias y contribuyen a la plena realización del destino o función que corresponde a ese conocimiento dentro del sistema general del saber jurídico. Su aparente dispersión puede inducir la idea de que la reflexión filosófica sobre el Derecho carece de unidad y coordinación, pero esa idea sería equivocada. En realidad, todas esas tareas están vinculadas a alguno de los temas de base a que se enfrenta el análisis filosófico del Derecho. Y esos temas son tres: el tema o problema gnoseológico (o del conocimiento jurídico), el tema o problema ontológico (o del ser del Derecho) y el tema o problema deontológico (o del deber-ser del Derecho).

II. La división del saber filosófico sobre el Derecho y su relación con los otros niveles del conocimiento jurídico

Tal como ha ocurrido también, por lo demás, con los otros sectores o niveles del conocimiento jurídico, la reflexión filosófica ha sido mediatizada por la presencia, dentro de la estructura de lo jurídico, de elementos, aspectos o problemas diferentes. Y, en consecuencia, su desarrollo se ha polarizado en torno a esos aspectos o problemas. Por otra parte, la filosofía jurídica, en cuanto conocimiento especialmente vinculado a una de las grandes dimensiones o perspectivas de análisis de la realidad global del Derecho, no puede dejar de estar en una constante relación de complementación y contraste con los saberes jurídicos correspondientes a las otras dimensiones, puesto que el conocimiento jurídico en su conjunto se constituye dentro de un proceso progresivo continuo que va desde la reflexión práctica hasta la filosófica. Ambas consideraciones son importantes para entender, no sólo el sentido y la función epistemológica del conocimiento filosófico del Derecho, sino también la estructura y el dinamismo interno del organigrama o mapa general del conocimiento jurídico [11]. Por eso, conviene dedicarle un momento de atención a cada uno.

[11] Mapa en el que, naturalmente, quedan enclavadas las diferentes disciplinas contempladas por el plan de estudios de la licenciatura en Derecho.

1. División o diversificación interna del conocimiento filosófico-jurídico

Ha sido inevitable que el conocimiento filosófico del Derecho haya seguido en su desarrollo interno los derroteros generales del pensar filosófico, ya que, al centrarse en el Derecho en cuanto componente de la vida humana, ha debido enfrentarse también a los mismos problemas básicos que tiene que resolver cualquier lectura o interpretación filosófica de esa vida.

En consecuencia, el conocimiento jurídico filosófico se ha ido especializando o diversificando también en relación con estos tres grandes interrogantes: el del conocimiento jurídico, el de la naturaleza o modo de ser del Derecho y el de la idealidad o deber-ser del Derecho. La primera pregunta ha sido abordada mediante el desarrollo de una *teoría* integral *del conocimiento jurídico*, la segunda ha exigido la elaboración de una *teoría filosófica o fundamental del Derecho* y la tercera ha conducido hasta la construcción de la llamada *teoría del Derecho justo*. De modo que estas tres teorías generales representan en la actualidad el bloque completo del conocimiento jurídico filosófico, sin perjuicio de que cada una de ellas haya de ocuparse, a su vez, de explicar (tal como se ha señalado en el último apartado de la pregunta anterior) múltiples puntos o cuestiones concretas. Pero tales teorías no son tampoco totalmente independientes, sino que mantienen una estrecha vinculación de enfoque y de método que hace que muchas de las respuestas que se dan en una de ellas estén parcialmente asentadas en alguna de las soluciones ofrecidas en las otras.

2. Relación con los otros niveles del conocimiento jurídico

Los diversos saberes sobre el Derecho desarrollan distintos tipos de investigaciones sobre ámbitos diferentes de la realidad jurídica. Son, por tanto, áreas del conocimiento jurídico que gozan de una autonomía metodológica básica, en cuanto que pueden llegar a completar su propia explicación y comprensión del Derecho sin necesidad de supeditarse totalmente a la tutela directiva de los otros [12]. Sin embargo, autonomía metodológica no quie-

[12] Hay que tener en cuenta que la doctrina que pudiera defenderse sobre las relaciones que han de existir entre las diversas partes o niveles del saber jurídico vendrá determinada en cada momento y en cada caso por la particular concepción que se tenga de ellos. Así pues, el debate sobre la mayor o menor importancia de uno o de otro carece de sentido, puesto que el correspondiente dictamen estará dependiendo siempre de la actitud en que se sitúe el que lo pronuncia.

Durante mucho tiempo (casi hasta el siglo XIX), la reflexión iusfilosófica se benefició de la ventaja que le supuso su participación en el papel de alto magisterio que las ciencias reconocían a la filosofía. Pero, a partir del siglo XIX, las relaciones experimentaron una especie de revolución copernicana: el impulso progresivamente absorbente del conocimiento científico condujo hasta la parcial marginación o suplantación de la filosofía del Derecho. Finalmente, la reacción antipositivista pro-

re decir en ningún caso separación y divorcio total (y menos abierta hostilidad), tal como se ha querido entender en algunos momentos de la historia. La propia génesis y el dinamismo interno del conocimiento jurídico imponen una inevitable apertura recíproca entre sus diversas manifestaciones. Así, el conocimiento jurídico práctico se continúa en el conocimiento científico y es iluminado y perfeccionado por él; a su vez, el conocimiento jurídico científico desemboca naturalmente en la reflexión filosófica, donde encuentra respuesta a sus propios interrogantes ciegos. Pero la filosofía jurídica crece siempre sobre la base del conocimiento práctico y científico.

En efecto, ni el conocimiento práctico del Derecho ni las ciencias jurídicas fáctico-sistemáticas o normativo-sistemáticas pueden hacer caso omiso de la constatación de que, con frecuencia, se encuentran con preguntas o problemas que sólo pueden ser resueltos, al parecer, por la reflexión iusfilosófica. En esa medida, parece evidente que ésta llega a un mayor nivel de penetración y profundidad, por lo que se impone reconocer asimismo que tanto el conocimiento jurídico práctico como el conocimiento científico del Derecho encuentran su culminación «natural» en esa reflexión filosófica. Pero, por contra, los datos que ofrece el conocimiento desarrollado en la praxis jurídica diaria y las conclusiones a que llegan las ciencias jurídicas contribuyen a delimitar y clarificar las distintas dimensiones complementarias del Derecho, por lo que la filosofía jurídica tendrá que contar con ellas para asumirlas e integrarlas en el análisis estructural más amplio y más profundo que ella lleva a cabo [13].

Existe, pues, un amplio intercambio entre el conocimiento práctico del Derecho, el pensamiento jurídico científico y la reflexión jurídico-filosófica que permite lograr la integración de la unidad progresiva y ascensional del saber jurídico. Cualquier actitud de hostilidad recíproca viene a ser fruto de incomprensión y de incompetencia, tanto si parte de filósofos trasnochados que desprecian el trabajo de quienes analizan los datos de la normatividad jurídica positiva, como si es mantenida por juristas miopes que se encierran en el valor de significado de esa normatividad, sin advertir que la misma es producto de una perenne actividad del hombre orientada a traducir en el plano histórico las exigencias del principio absoluto de la justicia. Y ese intercambio tiene su punto de apoyo en este hecho inexorable: conocimiento

---

pició el renacimiento de la filosofía jurídica y se llegó a una situación de coexistencia más o menos pacífica. Y, en la actualidad, las relaciones entre la filosofía del Derecho y las diversas ciencias jurídicas particulares han pasado a situarse generalmente en un plano de independencia metodológica casi total, si bien se defienda en la mayoría de los casos la conveniencia, e incluso la necesidad, de una complementariedad funcional.

[13] La filosofía jurídica, en cuanto que ha de ser una filosofía del Derecho real, necesita la clarificación y delimitación que aportan el conocimiento práctico y las diferentes investigaciones científicas (históricas, etnográficas, fenomenológicas, sociológicas, psicológicas, dogmático-sistemáticas, comparatistas, etc.).

práctico o técnico, ciencias jurídicas y filosofía del Derecho no son más que tramos o fases del saber jurídico, que se desarrollan desde perspectivas distintas y parciales y que, en cuanto tales, se constituyen en reflexiones mutuamente complementarias [14].

[14] Esta conclusión resume el objetivo central de todo este apartado: aclarar, no tanto las relaciones específicas que unen o separan a la filosofía del Derecho con cada uno de los otros saberes jurídicos, cuanto los principios o criterios que permiten ver el sentido general de la relación mutua en que se encuentran.

SEGUNDA PARTE

EL IUSNATURALISMO

(Antonio Fernández-Galiano)

LECCION XIX

LA IDEA DE NATURALEZA Y EL DERECHO NATURAL

El derecho es una realidad multiforme, con diversas perspectivas que en el campo de la ciencia jurídica se distinguen mediante la adición a aquel sustantivo de diferentes adjetivos –civil, penal, mercantil...– que permiten matizar los distintos modos de ser con que el derecho se presenta. En nuestro caso, nos enfrentamos con el derecho natural; ¿qué significado tiene este calificativo? El adjetivo *natural* tiene, gramaticalmente, el mismo valor que el genitivo de la *naturaleza*, por lo que derecho natural significará, primariamente, derecho de la *naturaleza*, siendo, por tanto, necesario para un mejor conocimiento de la realidad objeto de nuestro estudio detenernos en la consideración del concepto de naturaleza.

I. Acepciones del término «naturaleza»

Pocos términos habrá en el léxico filosófico más cargados de significaciones distintas que la palabra *naturaleza*, debido a las múltiples interpretaciones que del concepto se han dado a lo largo de la historia del pensamiento. Lo cual hace especialmente espinoso el tratar de fijar un concepto del derecho natural, puesto que el sentido que esta expresión tenga habrá de ser forzosamente diferente según el concepto de naturaleza que en cada caso se maneje. Con toda razón aludía un iusnaturalista de los siglos XVII-XVIII, Cristian Tomasio, a la *difficilis quaestio de natura naturae.*

Por lo pronto, pueden señalarse una serie de significados de «naturaleza», que aparecen al contraponer ésta a otras nociones. Así, si contraponemos naturaleza a *sobrenaturaleza*, natural significará todo aquello en cuya producción o desarrollo no intervienen factores extrahumanos; naturaleza como opuesto a *cultura* representa un sentido de lo primario y espontáneo

(tal como lo concibió, por ejemplo, ROUSSEAU); cuando naturaleza se enfrenta a *espíritu*, lo natural se circunscribe al mundo de la materia; si consideramos la naturaleza como opuesto a *libertad*, aquélla comprenderá la zona de la necesidad y la causalidad, siendo libre lo contingente y lo que es consecuencia de un obrar finalista; puede entenderse lo natural como lo contrario de *artificial*, es decir, como aquello que tiene existencia independiente de la transformación operada por la actividad humana; por último, decimos de un suceso o conducta que es natural contraponiéndolo a *extraño o anómalo*, cuando se produce de modo normal y en el sentido que cabía esperar.

Ya en el terreno estrictamente filosófico –alguna de las acepciones a que hemos hecho referencia pertenecen el lenguaje vulgar–, autores y escuelas de todos los siglos han ofrecido variadísimos conceptos de naturaleza. Dos obras capitales sobre la materia –las de COLLINGWOOD y de PÁNIKER– evidencian cómo se cuentan por decenas en la historia del pensamiento las concepciones formuladas, originando la acusada dificultad a que TOMASIO aludiera. De dos de esas concepciones vamos a ocuparnos de forma particular: las que denominamos cosmológica y metafísica tradicional.

II. CONCEPCIÓN COSMOLÓGICA; DISTINTAS VERSIONES

Una de las concepciones de la naturaleza que ha tenido vigencia de modo más permanente es la que identifica ésta con el conjunto de seres corpóreos, en el sentido en que, por ejemplo, se concibió la *phýsis* entre los griegos. Pero ni siquiera esta concepción ha tenido una formulación unánime, pues, como advierte COLLINGWOOD, de la misma se han dado tres versiones.

1. La primera es la correspondiente al mundo griego, o concepción *organicista*, que concibe el cosmos como un gran «organismo», es decir, animado de un principio intrínseco al que se debe la regularidad con que se producen los fenómenos naturales; si el mundo es ordenado es porque el orden viene impuesto por ese principio yacente en las cosas mismas. Tal principio, llamado frecuentemente *logos*, esto es, razón, elemento racional, actúa desde las cosas como una ley que hace que el mundo sea un *cosmos* armónico y coherente. Realmente, todo el pensamiento griego, en más o en menos, responde a esta concepción del mundo, aunque de modo más ostensible se manifiesta ésta en los presocráticos, los estoicos y PLOTINO.

2. La segunda concepción es la *mecanicista*, en la que se considera la naturaleza o conjunto de seres no ya como un organismo, sino como un «mecanismo», esto es, como algo inerte que, si se produce en sus manifestaciones de modo regular, no es por virtud de un principio ínsito en las cosas, sino por algo que opera en el mundo «desde fuera»: las leyes procedentes de la razón divina, que es trancendente a la naturaleza por cuanto Dios es crea-

dor de ella; ejemplos muy característicos de esta concepción nos ofrecen los cultivadores de las ciencias naturales en el Renacimiento: LEONARDO DE VINCI, COPÉRNICO, KEPLER, GALILEO, etc. Aunque COLLINGWOOD llama a esta concepción *renacentista*, lo cierto es que ya en el pensamiento medieval se tiene una visión mecanicista del mundo, como lo demuestra el concepto de ley eterna (ver **Lección XXIV**).

3. Por último, se da modernamente la concepción *historicista*, que ve en el cosmos una realidad sujeta, como todas, a la evolución, trasladando el dinamismo propio de lo histórico al reino de las ciencias cosmológicas: frente al fixismo imperante hasta el siglo XIX, que concebía el mundo no humano como algo inmutable y fijo, se descubre ahora que no sólo las especies vivas, sino también los seres inertes están afectados por un movimiento evolutivo, es decir, tienen historia; este es el sentido con que la naturaleza es contemplada, por ejemplo, por LAPLACE, KANT y el vasto movimiento evolucionista en sus diferentes versiones, encabezado por Carlos DARWIN.

III. CONCEPCIÓN METAFÍSICA CLÁSICA

Junto con la concepción que acabamos de examinar –concepción *cosmológica*: la naturaleza como cosmos o conjunto de seres corpóreos–, hay otra que nos interesa más en cuanto que nos da luz sobre lo que se está mentando cuando se habla de derecho *natural:* es la concepción *metafísica*, formulada por ARISTÓTELES e inserta después en la filosofía tomista. Consiste en entender por naturaleza no el conjunto de realidades cósmicas, sino el modo de ser de cada ente –o de cada especie– en particular: un ser es lo que es y no otra cosa, porque posee una determinada naturaleza, que es, por tanto, lo que le tipifica y constituye [1].

Pero la naturaleza del ser es, a la vez, en esta concepción, lo que determina las operaciones propias de ese ser, la fuente de su actividad específica, de suerte que cada ser realiza los actos propios de su especie porque participa de la naturaleza de esa especie; esa es la razón –la participación en una común naturaleza– de que todos los seres de la misma especie reali-

[1] Naturaleza, en este sentido, equivale al *modo de ser* que tiene cada realidad, es decir, al modo como cada realidad se manifiesta siendo; así se dice, por ejemplo, que el olmo tiene una naturaleza vegetal. En ocasiones, el término «naturaleza» se utiliza –aunque, claro está, tal empleo no es correcto en un lenguaje estrictamente filosófico– no para designar un modo de ser esencial, sino accidental, si bien aludiendo a una característica tan arraigada en el sujeto que parece pertenecer a su misma esencia; es lo que ocurre cuando decimos, v. gr., que una persona es de naturaleza colérica o apacible.

cen una actividad idéntica, supuesta la igualdad de condiciones en que tal actividad se produzca [2].

En definitiva, naturaleza es el principio constitutivo del ser, que, al mismo tiempo, es también principio desde el punto de vista de la génesis del ser; por ello, la palabra griega *phýsis* deriva del verbo *phýo* (engendrarse, constituirse, nacer), lo mismo que en latín *natura* y *nascor* (nacer) responden a una misma raíz.

En SANTO TOMÁS, como antes anticipábamos, se repite esta concepción, considerando la naturaleza en el doble aspecto que podríamos llamar estático y dinámico. El primero es la naturaleza como esencia de cada ser, como lo que le constituye metafísicamente; el segundo es esa misma esencia, pero contemplada en cuanto principio operativo, es decir, en cuanto origen de las operaciones propias del ser. Así, por ejemplo, el ser corpóreo tiene una naturaleza entitativamente material, y por ello es lo que es, y no espíritu (naturaleza en sentido estático); pero, al propio tiempo, esa misma naturaleza corpórea es principio de las operaciones propias de ese ser: poseer partes. distenderse en el espacio, gravitar, etc. (naturaleza en sentido dinámico).

IV. NATURALEZA HUMANA Y DERECHO NATURAL

Ateniéndose a la concepción metafísica que acabamos de exponer, es obvio que cada ser tendrá su propia naturaleza. Podemos hablar, pues, de la *naturaleza humana*, esto es, del modo de ser peculiar y propio del hombre, representado por una serie de características o notas que constituyen su esencia, entre las que destacan la racionalidad y la socialidad; esa naturaleza o modo de ser del hombre es lo que tipifica a éste y le distingue de otros entes, al mismo tiempo que es fuente y origen de los movimientos que le son propios.

Pues bien, *derecho natural* —en su sentido más tradicional— es aquel ordenamiento que brota y se funda en esa naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el *derecho positivo*. Los preceptos del derecho natural no sólo están de acuerdo con la naturaleza humana —puesto que de ella emanan—, sino que se encaminan al mejor desarrollo de sus operaciones propias. «El derecho natural, dice LECLERCQ, corresponde a las exigencias de la naturaleza social del hombre»; y para ROMMEN, el principio de conocimiento de las normas del derecho natural lo constituye la «naturaleza racional y social del

[2] Por eso definía ARISTÓTELES la naturaleza como «el principio del primer movimiento inmanente en cada uno de los seres naturales en virtud de su propia esencia», y también como «la esencia de los seres que poseen en sí mismos, y en tanto que tales, el principio de su movimiento».

hombre». De ahí que cuando la aludida dirección tradicional trata de determinar el contenido del derecho natural –cuestión que se abordará más adelante–, haya de atender a las tendencias manifestadas en la naturaleza humana porque los preceptos de aquél forzosamente se acomodarán a ellas. La fundamentación de este derecho en la naturaleza humana tiene una consecuencia de gran trascendencia: si se afirma la existencia del derecho natural tiene que admitirse que el derecho positivo debe, inexorablemente, atenerse en sus prescripciones a las de aquél pues un ordenamiento jurídico que conculcase los mandatos y prohibiciones del derecho natural estaría violentando las tendencias de la naturaleza humana.

Estamos ya en condiciones de comprender qué significado tiene el adjetivo «natural» aplicado al derecho. El ilustre iusfilósofo italiano Giorgio DEL VECCHIO, en su estudio *Il concetto della natura e il principio del diritto*, afirma que dicho adjetivo, en primer lugar, excluye todo elemento sobrenatural: derecho natural es el que el hombre conoce puramente mediante su razón, sin el auxilio de información revelada, y al mismo tiempo es un derecho que atiende tan sólo a la consecución de los fines temporales del hombre. Por otra parte, decir «natural» es afirmar que el derecho así calificado está por encima de toda intervención de los hombres, puesto que al proceder de la naturaleza humana, confiere a sus mandatos y prohibiciones un carácter de necesidad. Y por último, el adjetivo en cuestión hace referencia a la esencia del sujeto de ese derecho, que es el hombre: el derecho natural es el que se fundamenta en la naturaleza humana.

LECCION XX

DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

I. Monismo y dualismo jurídicos

Que el derecho es un orden rector de los actos del hombre en su convivencia con los demás es una firmación pocas veces contestada; o, dicho de otro modo, que hay un consenso generalizado acerca del carácter jurídico de las sociedades humanas. La discrepancia comienza cuando se trata de concretar el tipo de ordenamiento que tiene a su cargo esa regulación de las relaciones sociales.

Para unos, no hay más derecho que el llamado *positivo*, es decir, el derecho proviniente del legislador, nacido de la voluntad de éste en un tiempo histórico determinado: sería ésta la postura *monista*, llamada así porque defiende la existencia de un solo ordenamiento jurídico.

Frente a ella encontramos la posición *dualista*, que sostiene que lo jurídico no se agota en el derecho positivo, ya que, junto a éste, existe otro ordenamiento cuyas prescripciones alcanzan también los actos del hombre en sus relaciones con los otros miembros del grupo: aquel que tradicionalmente —en una tradición que se remonta a muchos siglos— ha venido recibiendo el nombre de *derecho natural*.

La postura monista, derivada del positivismo jurídico, se resuelve, por tanto, en una negación del derecho natural, alegando que defender la existencia del mismo lleva a una duplicación inútil de los ordenamientos jurídicos. El argumento sería ciertamente admisible si, en efecto, ambos derechos incidieran a la vez y con el mismo contenido sobre la actividad humana; pero no es ese el sentido de la tesis iusnaturalista, para la que la coexistencia de uno y otro ordenamiento es perfectamente posible teniendo en cuenta que los preceptos del derecho natural contienen una regulación de carácter abstracto, generalizado, mientras que las normas del derecho positivo se ma-

nifiestan de modo más concreto, pudiendo atender —por esa mayor concreción— a aspectos determinados de cada sociedad y de cada momento histórico.

La postura iusnaturalista responde, pues, al siguiente esquema: las relaciones humanas se regulan por el derecho natural, pero al mismo se expresa en preceptos abstractos, difícilmente aplicables a los casos concretos, particulares y específicos que la vida presenta, por lo que hace falta otro ordenamiento —el derecho positivo—, capaz de ajustarse a estos supuestos concretos y de adecuarse a sus particularidades. Por ejemplo, existe un precepto de derecho natural que prohíbe hacer daño a otro; pero en la vida real ese «hacer daño a otro» se manifiesta en múltiples casos y situaciones diferentes que exigen también soluciones distintas: ¿puede considerarse jurídicamente igual el daño producido en los bienes de una persona o el ocasionado sobre ella misma?; ¿cabe tratar del mismo modo el daño causado por simple imprudencia que el producido por una voluntad intencionada? Para atender esas circunstancias individualizadas de los casos concretos es para lo que se requiere la existencia de los preceptos positivos.

De suerte, pues, que mientras la tesis monista defiende la existencia de un solo orden jurídico, el derecho positivo, negando por consiguiente toda posibilidad al derecho natural, la postura dualista sostiene la coexistencia de ambos ordenamientos afirmando que junto al derecho natural no sólo hay un derecho positivo, sino que éste es necesario para remediar la evidente insuficiencia de aquél, dado el carácter de sus preceptos, para regular los casos concretos que la realidad ofrece.

II. Vinculación de la ley positiva a la ley natural en la doctrina clásica

La afirmación de la coexistencia de dos ordenamientos obliga necesariamente a establecer un rango entre ambos, de modo que uno de ellos se encuentre subordinado al otro, para evitar que sus preceptuaciones puedan ser contradictorias. En la tesis dualista, el derecho natural es un derecho que se impone al positivo, de manera que éste debe establecer sus mandatos de acuerdo con los de aquél, ajustándose a sus contenidos. Veremos en lo que sigue los modos en que se manifiesta la subordinación del orden jurídico positivo al natural en la doctrina clásica a la vez que hacemos ciertas puntualizaciones críticas de tal doctrina.

1. Diversos medios de subordinación del derecho positivo al natural

Por lo pronto, la subordinación es ontológica. Las leyes humanas incorporan la justicia de la ley natural para aplicarla a las concretas relaciones de

la convivencia social, pero toda su fuerza la reciben, precisamente, de esa referencia a la ley natural, de tal suerte que un precepto positivo que la contradiga podrá tener la apariencia externa de ley, pero no lo será realmente por carecer de la *esencia* de ley. Esto es lo que SANTO TOMÁS expresa en un célebre pasaje (*Sum. Th.*, I-II, q. 95, a. 2): «Toda ley humana tiene razón de ley en tanto en cuanto se deriva de la ley natural. Si en algo se separa de la ley natural no será ley, sino corrupción de ley».

Procede, no obstante, hacer algunos comentarios a esta tesis. La sumisión de la ley humana a la natural no implica el que aquélla sea una mera transcripción o repetición de ésta; ni podría serlo, puesto que la ley natural se produce en términos abstractos y cabalmente, como anteriormente vimos, es esa una de las razones aducidas por el Aquinatense –repitiendo argumentos de ARISTÓTELES– para afirmar la necesidad del derecho positivo [1].

Por otra parte, en el pasaje de SANTO TOMÁS no debe verse tampoco la exigencia de que las leyes humanas reflejen de modo absoluto la justicia de la ley natural. Hay multitud de normas positivas que no realizan esa justicia de un modo plenario sin que por ello deba considerarse que pierden la substancia de ley: SANTO TOMÁS afirma que ello ocurrirá solamente en el supuesto de que la ley positiva *in aliquo a lege naturali «discordet»*: esto es, se requiere que se «separe» de la ley natural, que manifieste una «discordancia» respecto de la misma, lo cual no ocurre ciertamente en aquellos preceptos que se pronuncian en el sentido de la ley natural (sin «discordar» por tanto, de ella), si bien no alcanzan a realizar sus postulados de justicia de un modo total.

La relación de subordinación de que nos ocupamos se manifiesta también en el hecho de ser la ley natural un límite a la labor del legislador humano y, correlativamente, una garantía para el súbdito. El gobernante puede y debe ajustar sus normas en todo momento a lo que las circunstancias aconsejen como más conveniente a los intereses de la comunidad; mas su libertad tiene que desenvolverse dentro de los márgenes que le impone el obligado sometimiento a los preceptos de la ley natural. Y esta limitación constituye para los gobernados la mejor garantía de que el derecho no va a ser utilizado por el poder como un instrumento de despotismo y tiranía.

---

[1] El propio SANTO TOMÁS reconoce que la ley positiva no puede mandar ni prohibir las mismas conductas que la ley natural: «La ley humana no puede prohibir todos los vicios, de los que se abstienen los virtuosos, sino únicamente los más graves, de los que puede abstenerse la mayoría» (*Sum Th.*, I-II, q. 96, a. 2); «la ley humana no manda todos los actos de todas las virtudes sino en relación con los actos de la justicia» (I-II, q. 100, a. 2). En el mismo sentido se expresa SUÁREZ: «La ley civil no puede prohibir todos los vicios contra todas las virtudes» (*De Legibus*, III, XII, 11).

2. El problema de las leyes injustas

En íntima conexión con esta materia se halla el problema de las llamadas *leyes injustas*. Cuando el legislador, al dictar las normas positivas, se inspire en la ley natural, la justicia de ésta se transfundirá a aquéllas, que serán, por tanto, leyes justas. Más también puede acontecer que los preceptos positivos se aparten e incluso contradigan los postulados iusnaturales, con lo que aquéllos habrán de ser considerados como leyes injustas por cuanto en ellos no se encontrará, en efecto, el valor de la justicia.

Pero, ¿pueden existir leyes injustas? O, de otro modo, ¿puede una ley ser injusta y seguir siendo ley? Para la concepción clásica, la respuesta es claramente negativa, como se aprecia en el pasaje de SANTO TOMÁS últimamente transcrito: la ley humana que en algo se separa de la natural *no es ley*, sino corrupción de ley; y SAN AGUSTÍN había sido aún más tajante al afirmar (*De libero arbitrio*, 5) que *non videtur esse lex quae iusta non fuerit*, no hay ley que no sea justa, es decir, cuando una ley es injusta *no es ley*.

Para estos autores, por consiguiente, la cosa es clara: la expresión «ley justa» es un pleonasmo, una inútil redundancia, pues si es ley ha de ser necesariamente justa; y la frase «ley injusta» encierra una esencial contradicción como la que se daría en «agua seca» o «frío cálido» ya que siendo injusta no puede ser ley [2].

Pero esta opinión de la doctrina clásica no puede aceptarse, al menos en la literalidad lacónica en que fue formulada. Considerar sin más que la ley injusta no es ley equivale a negar la existencia de todo el derecho positivo pues como certeramente observa LEGAZ, todo derecho es, de modo irremediable, parcialmente injusto por estas dos razones: porque nunca se podrá incorporar a la norma jurídica de modo pleno el ideal de justicia (como ninguna obra de arte logra plasmar absolutamente el ideal de la belleza) y, por tanto, la norma adolecerá de injusticia parcial en lo que haya fallado tal incorporación; y porque, además, la aplicación de las normas a los casos concretos jamás podrá ser perfecta, dadas la generalidad de aquéllas y la particularidad de éstos, de modo que las leyes serán inevitablemente injustas en el grado en que se produzca la inadaptación entre tales generalidad y particularidad.

Claro que la injusticia de que aquí tratamos no es esta injusticia que podríamos llamar ontológica y aneja a todo derecho, sino otra más profunda y que nace de la contradicción entre el contenido de las normas positivas y los

[2] Esta opinión se basa en el principio de subordinación ontológica a que anteriormente nos referíamos: si la ley positiva se constituye en su ser por su entronque con la ley natural, de la que deriva, es claro que no produciéndose esa derivación lo que se crea no será ley auténtica —aunque pueda tener apariencia externa de tal— por haberse roto el nexo ontológico con la fuente de toda esencia legal.

postulados de la ley natural. Pero tampoco en ese caso entendemos que sea admisible la tesis de la inexistencia de la ley injusta; por mucha y grave que sea la carga de injusticia de que adolezca un precepto, lo cierto es que procede del legislador y está dado para regular la vida de convivencia, por lo que es ley: injusta, pero ley.

Lo único que cabe frente a esta realidad que está ahí y que se nos impone es tratar de determinar el posible comportamiento del súbdito frente a la ley injusta. El tema es tan antiguo que se lo planteó SÓCRATES cuando sus discípulos le instaban a huir de la cárcel para escapar de la muerte a que había sido condenado injustamente; SÓCRATES –según se relata en el diálogo platónico *Critón*– se niega a ello decididamente proclamando la necesidad de obediencia absoluta a las leyes aun cuando éstas sean injustas. Y el propio SANTO TOMÁS, después de haber afirmado que las leyes injustas no son propiamente leyes y, por tanto, no obligan a la obediencia, cree oportuno (*Sum. Th.*, I-II, q. 96, a. 4) ofrecer un a modo de criterio práctico: cuando las leyes son injustas por atentar contra un bien humano, el súbdito debe obedecerlas «por el escándalo o desorden que su incumplimiento pudiera traer consigo»; cuando son injustas por atentar contra el bien divino, no sólo no obligan como en el supuesto anterior, sino que además el súbdito debe no acatarlas ni dar cumplimiento a sus mandatos.

Con esta segunda postura se da paso al principio de *resistencia al poder injusto*, resistencia que el Aquinatense reputa legítima; después, el tema es abundamentemente tratado por los autores de la escolástica española de los siglos XVI y XVII, que estatuyen un auténtico *derecho a la resistencia* a favor de los súbditos cuando el poder tiránico pretenda imponerles leyes injustas, distinguiendo la resistencia pasiva de la activa y estableciendo un sinfín de sutiles matizaciones cuyo examen no es de este lugar.

Problema es éste más fácil de resolver en la teoría que en el terreno práctico. Porque, en efecto, acentuar en un sentido socrático el principio de sumisión a las leyes restringiendo paralelamente el derecho de resistencia ensancha las posibilidades de actuación despótica del poder; y, a la inversa, poner el énfasis en la proclamación del derecho a la resistencia frente a las leyes injustas puede conducir a un paulatino debilitamiento del poder del Estado e incluso desembocar en la anarquía.

Por otra parte, siempre queda en pie la dificultad de la determinación misma de la injusticia de una ley: ¿quién la declara y en virtud de qué criterio? Evidentemente, si la injusticia es muy notoria se hará patente a cualquiera; pero pueden darse casos en que la presunta injusticia sea apreciada por unos, pero no por otros, de modo que el juicio emitido –ya positivo, ya negativo– llevará inevitablemente una apreciable carga de subjetividad.

III. Otras posibles interpretaciones de la tesis iusnaturalista

En los párrafos precedentes hemos tratado de la ley natural siguiendo el esquema de la doctrina más clásica o tradicional. Pero urge aclarar que tal idea del derecho natural no es la única ya que son hoy muy frecuentes —como las hubo ya en el pasado— las concepciones de tal derecho en las que no se alude sólo y precisamente a la naturaleza humana como elemento fundante del ordenamiento natural sino, de un modo genérico, a toda realidad de la naturaleza —concebida en un sentido muy amplio— que se impone necesariamente a los hombres, y con la que, por consiguiente, ha de contar el legislador humano a la hora de formular sus leyes. En este *sentido amplio* puede afirmarse que un determinado ordenamiento positivo infringe el derecho natural cuando en el mismo se contienen preceptos inconciliables, no ya sólo con las tendencias de la naturaleza humana, sino con cualquiera de estas realidades que el hombre se encuentra dadas y de las que no puede prescindir.

Este derecho natural en sentido lato —que es, a nuestro juicio, el que ofrece mayores perspectivas en la actualidad— será aquel orden normativo de la vida humana de convivencia que procede de una serie de datos o factores de todo orden —y entre ellos, por supuesto, también (aunque, repetimos, no con carácter único) la naturaleza humana entendida al modo clásico— que condicionan esa vida convivente. Actualmente son muchas las doctrinas que se manifiestan en esta dirección, y lo importante en ellas, constituyendo su denominador común, es la afirmación de que existe un orden jurídico *objetivo* esto es, no procedente de la normatividad humana, sino que se impone a los hombres de manera ineludible, con la misma forzosidad e inevitabilidad con que se le impone toda realidad natural. Según esta tesis, los hombres vienen obligados a realizar determinadas conductas y a abstenerse de ciertos comportamientos porque así lo ordenan unas normas no sancionadas por legislador humano alguno, sino procedentes de un conjunto de realidades en cuyo marco está inscrita la convivencia social: desde la naturaleza metafísica del hombre hasta las circunstancias meramente físicas, pasando por los factores sociológicos, psicológicos, etc.

Parece oportuno, a la vista de cuando antecede, introducir el término de *objetivismo jurídico* para designar en él a toda doctrina que afirma que por encima del derecho positivo, dimanante de un legislador, hay «algo» que es superior y se impone a ese derecho, de tal suerte que las normas de éste no pueden ignorarlo ni conculcarlo, por lo que de cierta manera viene a ser fundamento de tal derecho positivo o, por lo menos, límite para el mismo. La realidad superior en cuestión es *objetiva*, en el sentido de que está sustraída a la voluntad y manejo de los hombres; y es *jurídica*, con lo que se quiere indicar que, desde luego, trátase de una realidad que se impone normativamente,

prescribiendo unas conductas y prohibiendo otras dentro del marco de la convivencia social y originando derechos y deberes en la conciencia de los hombres. Cuando ese «algo» se entienda como un ordenamieto nacido de la naturaleza humana, estaremos ante el *iusnaturalismo*, en cualquiera de sus distintas versiones. Cuando, en cambio, se dé entrada a otros factores como fundamento del orden superior, aparecerá el *objetivismo jurídico*. Este es, pues, una concepción más amplia, que engloba, como especie, el iusnaturalismo: todo iusnaturalismo es un objetivismo jurídico, pero no al revés. En suma, pues, el objetivismo jurídico –y, por tanto, el iusnaturalismo– consiste básicamente en la afirmación, frente al positivismo jurídico, de que la fuente del derecho positivo no puede estar sólo en la voluntad del legislador, sino en una realidad metajurídica, más allá de aquel derecho, a la que éste forzosamente ha de acomodarse.

Por supuesto, toda cuestión terminológica es accesoria, por lo que, aclarado lo anterior, no hay inconveniente, si se quiere, en seguir utilizando la expresión «derecho natural» de modo generalizado –aunque con el inconveniente de tener que precisar en cada caso «en sentido estricto» o «en sentido lato» –en razón de la vieja tradición que tiene a su favor esa fórmula. En necesario, sin embargo, precaverse contra ciertas tendencias actuales que, a fuerza de extender este sentido lato del derecho natural, llegan a privar a éste de su carácter normativo, reduciéndolo a un simple ideario o conjunto de valores hacia los que debe tender el derecho positivo. El inconveniente de tales posiciones es que incurren en la paradoja de llamar derecho natural a algo que, según lo entiendan ellas mismas, no es propiamente derecho, puesto que el concepto de derecho es inseparable de la idea de normatividad: sólo se llama derecho a aquello que manda u ordena una determinada forma de conducta, y el mero ideario o elenco de valores no posee, por supuesto, tal carácter imperativo. Hablar de *derecho* natural y, a la vez, negar que éste se manifieste en auténticos preceptos constituye una contradicción muy difícilmente salvable. Las aludidas doctrinas no son, por tanto, ni iusnaturalismos –aunque se proclamen como tales– ni tampoco lo que hemos denominado objetivismos jurídicos.

IV. El derecho natural como ideología: las nociones de legalidad y legitimidad

El derecho natural no es sólo orden normativo, como se ha contemplado en los apartados precedentes, sino también, y además, una ideología. Es cabalmente en esta perspectiva ideológica donde el iusnaturalismo encuentra hoy más adeptos, porque desde ella la noción de derecho natural es manejada sin excesivos distingos técnicos, bastando con considerarlo como un mó-

dulo inspirador y ejemplar que se hace presente como elemento de contraste para enjuiciar y valorar los actos del hombre y de modo muy concreto la acción política del poder: la justicia o injusticia de las leyes positivas y de los actos de gobierno viene así dada por su conformidad o disconformidad con el derecho natural.

La apelación al iusnaturalismo como criterio discriminador de lo justo y de lo injusto es ya muy antigua, pero es en los tiempos modernos cuando ha adquirido una mayor fuerza, y concretamente a partir de los siglos XVII-XVIII, que es el momento en que empiezan a formularse de modo sistemático los derechos naturales de la persona humana, es decir, los derechos subjetivos de que todo hombre es titular por el mero hecho de ser hombre y que tienen su origen no en la concesión de las leyes positivas, sino en esa normatividad superior que se denomina derecho natural. Porque en efecto, la *ideología* iusnaturalista se centra en los derechos más que en las normas objetivas: la denuncia de las injusticias de las leyes o de los abusos de los gobernantes se produce cuando los preceptos de aquéllas o los actos del poder desconocen o violan los derechos fundamentales de la persona.

Por ello, y contra lo que muchos creen, la tesis iusnaturalista ha sido siempre una ideología «revolucionaria», si por tal se entiende, como es correcto, la actitud inconformista frente a los abusos del poder, puesto que ha prestado un punto de apoyo dialéctico para rechazar las leyes injustas a los actos arbitrarios de aquél; en nombre del derecho natural o de los derechos naturales del hombre se señalan al gobernante los límites de su actividad y se denuncian como injustas ls transgresiones de los mismos. Esta función de vigilante control del comportamiento del poder la ha tenido el derecho natural incluso en sus versiones más clásicas; recuérdese que autor tan poco sospechoso como SANTO TOMÁS decretó la invalidez de las normas positivas que no se conformaran con la ley natural y sentó las bases de la doctrina —después ampliamente desarrollada, como anteriormente hemos dicho, por la escolástica española— según la cual es lícita la resistencia del súbdito frente al tirano.

Desde la perspectiva de esta ideología iusnaturalista cobra pleno sentido la distinción —enormemente fecunda en el terreno político— entre *legalidad y legitimidad.* La legalidad es la conformidad de un acto con la normativa vigente, con lo que resulta ser un concepto puramente formal: un acto es legal cuando se produce de acuerdo con lo que las normas positivas prescriben. Mas tal adecuación al derecho positivo, precisamente por ser formal, no hace referencia alguna a la posible justicia o injusticia del acto en cuestión, es decir, no tiene en absoluto carácter valorativo. La valoración le viene por su relación con el derecho natural, de la que se desprenderá la calificación como justo o injusto, apareciendo entonces la no-

ción de legitimidad, que consistirá en la conformidad del comportamiento con las normas superiores del derecho natural.

Un acto del poder, por consiguiente, podrá ser legal en cuanto se acomode formalmente a lo establecido en las normas positivas que regulan la actividad de aquél, pero carece, en cambio, de legitimidad cuando atente a los preceptos iusnaturales (y en ese caso, como es obvio, se están automáticamente condenando como injustas aquellas normas a cuyo amparo se realizó el acto). Y, a la inversa, la resistencia frente a ese repetido acto en nombre del derecho natural será, sin duda, una conducta carente de legalidad, pero netamente legítima: por eso, toda revolución, en cuanto abierta resistencia al orden jurídico establecido, tiene que colocarse necesariamente en la ilegalidad, aunque, si está justificada, poseerá legitimidad. Por supuesto, el derecho natural aludido en la noción de legitimidad es un derecho natural en sentido muy amplio –lo que venimos denominando objetivismo jurídico–, pues con frecuencia se habla de ilegitimidad cuando se aprecia disconformidad simplemente respecto del valor de la justicia tal como ésta se configura en la conciencia jurídica de una comunidad.

Claro que este planteamiento de distinción entre legalidad y legitimidad, tan evidente en teoría, presenta no pocas dificultades en el terreno de la práctica por razón del subjetivismo inherente a toda interpretación de lo que es derecho natural o de lo que es justicia. Porque, en efecto, no hay gobernante que deje de hacer solemnes apelaciones a los más elevados valores para justificar su acción política, como no hay tampoco revolución alguna que no proclame que su oposición al poder la realiza en nombre de unos principios superiores violados por éste. Con lo que resulta que el derecho natural –o, en la actualidad, los derechos naturales de la persona– aparecen lastrados con una tremenda carga política que, inevitablemente, perturba la nitidez de su concepto. Pese a ello, esta universal apelación a la ideología iusnaturalista, invocada no pocas veces de modo simultáneo por posiciones antagónicas entre sí, viene, en el fondo, a subrayar el prestigio de que la misma goza: no hay sistema político, cualquiera que sea su matiz, que se atreva a presentarse decentemente ante el mundo como desconocedor de aquellos supremos valores, aunque luego, en la práctica –como con desgraciada frecuencia ocurre–, haga caso omiso de ellos.

LECCION XXI

EL IUSNATURALISMO Y SU HISTORIA

I. La historia del iusnaturalismo y la historia de la filosofía

Conocido el concepto del derecho natural, interesa ahora el aspecto histórico del mismo. No se trata de realizar una historia detallada de la idea iusnaturalista, sino tan sólo de pergeñar una breve reseña de los variados modos como ha jugado e intervenido en las diferentes fases de la evolución de la cultura humana. Conviene puntualizar, además, que no vamos a realizar historia de la *ciencia* del derecho natural –que, como tal estructura científica, no nace hasta finales del siglo XVII–, sino de la *idea* del derecho natural, de la manera como esa idea ha hecho acto de presencia en el pensamiento de la Humanidad.

Para trazar esta reseña histórica seguiremos la marcha cronológica de la historia de la filosofía, y anticipamos que entre una y otra historia habrán de apreciarse constantes paralelismos. Ello es perfectamente explicable. La idea iusnaturalista no es sino una respuesta filosófica al problema del derecho, el intento de buscar el último fundamento –de ahí su índole filosófica– a lo jurídico; y esa respuesta ha de ser congruente, como es obvio, con la filosofía vigente en cada momento histórico. Por eso, el iusnaturalismo, en cada etapa, tendrá los caracteres y orientaciones que le dicte la concepción filosófica que prevalezca: y cuando esta concepción filosófica dominante sea de corte positivista, con la característica oposición a la metafísica de todo positivismo, apreciaremos un decaimiento en la idea iusnaturalista, por cuanto el iusnaturalismo es, en definitiva, la afirmación de una metafísica del derecho.

II. La idea iusnaturalista como constante histórica

Sí, como se acaba de indicar, la idea iusnaturalista es una idea filosófica –elaborada en el seno del pensamiento filosófico–, es obvio que el naci-

miento de la misma nunca podrá ser anterior a la aparición de la reflexión filosófica. No abordamos aquí el complejo problema del origen histórico de la filosofía; baste recordar que ésta procede siempre de la teología; la filosofía no es sino la secularización de las concepciones teológicas, la racionalización del dogma religioso, fenómeno que en Grecia se produce en los siglos VII-VI. Porque aunque es innegable el valor del pensamiento filosófico oriental, e incluso de las aportaciones del mismo a la creencia en un ordenamiento que está por encima del derecho positivo, nuestra reseña histórica quedará limitada a la filosofía occidental, que es la que ha impulsado la vieja cultura europea a la que pertenecemos y que reconoce por cuna el fecundo y asombroso pensamiento griego.

La idea de que por encima y más allá de las leyes humanas existen unos principios superiores a los que el legislador ha de sujetarse a la hora de formular sus preceptos fue una noción presente desde muy temprano, como en seguida veremos, en el pensamiento griego; y no como ingenioso artificio político para oponerse a las audacias y abusos de los gobernantes autocráticos, sino como una convicción nacida del examen y consideración de la naturaleza humana, cuya estructura, tendencias y aspiraciones no pueden ser constreñidas por las leyes sin atacar la esencia misma del hombre. A partir de esa primera aparición en el remoto pensamiento presocrático, la idea iusnaturalista no ha dejado de estar presente en la filosofía, por lo que con toda razón puede decirse que constituye una «constante» histórica de la Humanidad.

Por supuesto, no quiere afirmarse que esta presencia permanente se haya producido siempre con igual fuerza. Por el contrario, en la historia del iusnaturalismo se aprecian altibajos y alternativas, momentos de auténtico esplendor frente a épocas en que la noción pierde muchos grados de vigencia; pero lo cierto es que incluso en esos momentos en que decae la idea, nunca llega a eclipsarse por completo e incluso sale de estos períodos con renovada fuerza, por lo que muy acertadamente ha podido hablar ROMMEN del «eterno retorno del Derecho Natural».

A lo largo de esta reseña histórica tendremos ocasión de examinar posiciones iusnaturalistas muy dispares, que salvando el mínimo punto de contacto de afirmar la existencia de un ordenamiento superior al positivo —coincidencia que les permite ser englobadas bajo la rúbrica general de *iusnaturalismo* o, si se prefiere, de *objetivismo jurídico*—, en todo lo demás (origen, significado, extensión, etc., de ese ordenamiento) ofrecen soluciones enormemente variadas. Ello no deja de producir, a quien por primera vez se asoma al derecho natural, una extraña impresión muy cerçana al desaliento: ¿qué fe puede tenerse en una realidad acerca de la cual sus mismos defensores no se han puesto de acuerdo a lo largo de tantos siglos?

En primer lugar, las discrepancias entre los sistemas iusnaturalistas no

son tantas ni tan profundas como a primera vista pudiera parecer, y no pocas diferencias se resuelven o desaparecen en cuanto se profundiza en el conocimiento de las versiones aparentemente divergentes, quedando reducidas con frecuencia a meras disparidades terminológicas. Pero es que, además, esa diversidad de posiciones iusnaturalistas es una secuela, una consecuencia inevitable del carácter filosófico que ostenta nuestra disciplina; porque en ninguna otra zona del saber humano se da una falta de acuerdo tan notoria y constante como en la región de los filósofos. Y no puede ser de otra manera, pues la filosofía es un saber que pretende dar de las cosas una explicación que trasciende a las cosas mismas, metaempírica, y que no cuenta, por tanto, con el apoyo tangible y real de esas cosas, como sucede en las demás disciplinas; lo cual no quiere decir, por cierto, que el filósofo se desentienda de las cosas (si así fuera, elaboraría un saber fantasmal y absurdo), sino de las cosas tal como se ofrecen a una contemplación directa e inmediata.

Por su especial índole, la filosofía permite la variedad de explicaciones o interpretaciones de una realidad (lo cual, por otra parte, y conviene recordarlo, ocurre igualmente en parcelas del saber humano que se tienen como ciencias con elevado grado de exactitud), y esa nota trasciende a las disciplinas filosóficas y, por consiguiente, también al derecho natural. No debe, pues, escandalizarnos la variedad de iusnaturalismos ni tampoco es válido servirse de ella –como tantas veces se ha hecho– como argumento para negar la existencia del derecho natural; sería tan absurdo como negar la existencia de la electricidad porque, al parecer, los físicos no se han puesto de acuerdo sobre su auténtica naturaleza y han ofrecido múltiples explicaciones de la misma.

III. Derecho natural y ley moral

Decíamos antes que la idea del derecho natural había constituido una «constante» histórica; pero conviene ahora delimitar bien los conceptos, para lo que nos apoyaremos en nociones que ya conocemos. En primer lugar, el derecho natural es un auténtico derecho, lo cual quiere decir que participa de los caracteres de lo jurídico y –por lo que ahora nos importa– de modo especial la referencia a lo social, a la vida comunitaria, que es nota esencial del derecho: el derecho, todo derecho, tiene como fin inmediato la regulación de la vida de convivencia. Lo que no son actos de convivencia no interesan, *prima facie*, al derecho; no es que dichos actos queden sin normación, pero ésta corresponderá a otras normatividades –no es éste el momento de determinar cuál o cuáles–, mas no a la jurídica.

Esta consideración es importante a la hora de delimitar con toda justeza las fronteras del derecho natural, pues con frecuencia se incluyen dentro del

iusnaturalismo las tesis de este o aquel autor que afirma la existencia de unas normas *morales* que están por encima de las prescripciones del derecho humano. Que dichas normas existen, que son superiores a las jurídicas, que, por consiguiente, el derecho debe respetarlas e incluso buscar en ellas una cierta orientación, que las tales normas se hallan presentes espontáneamente en la conciencia de los hombres..., todo ello es innegable, pero no les quita su condición de leyes *morales*, en cuanto que no pretenden —al menos exclusivamente— guiar la conducta humana en el seno de la convivencia social.

No hay inconveniente, por supuesto, en admitir como manifestaciones del iusnaturalismo las posturas que afirman la existencia de tales normas, pero entiéndase bien que se trata entonces de una *concepción amplia* de iusnaturalismo (lo que páginas atrás llamábamos *objetivismo jurídico*), entendido en el sentido de afirmar que el llamado derecho positivo ha de afincarse en un fundamento más allá de la simple voluntad del legislador. Pero un *concepto estricto y riguroso* del derecho natural tendría que marginar todas estas referencias a normatividades, superiores, sí, al derecho positivo, pero *no jurídicas*.

LECCION XXII

LA IDEA IUSNATURALISTA EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO

La idea iusnaturalista, como anteriormente se indicó, tuvo una aparición temprana en el pensamiento griego, que abre la filosofía occidental. Desde el principio, y a lo largo de la Edad antigua, está presente de un modo o de otro y a veces como manifestación de ese iusnaturalismo amplio a que hacíamos referencia al final del capítulo anterior. Pero de la filosofía antigua no cabe un estudio unitario y simplemente cronológico, porque en el tiempo de su vigencia apareció un fenómeno de tanta trascendencia como el cristianismo, que ha obligado a los historiadores a realizar por separado el examen del pensamiento antecristiano y del cristiano. A este criterio responde también nuestra exposición.

Resula incuestionable que la mentalidad del pueblo helénico estuvo siempre imbuida de la idea de que el legislador humano, al elaborar sus leyes, ha de sujetarse a una normatividad superior que no puede conculcar con sus preceptos. Si la literatura de un pueblo es expresión de su bagaje ideológico, los autores griegos nos ofrecen suficientes ejemplos como para poder afirmar que la creencia en un orden normativo por encima del positivo estaba muy extendida en Grecia.

Pero la idea de un orden superior a las leyes positivas no está sólo presente en la conciencia del hombre heleno, en su mentalidad popular, sino que es afirmada a lo largo del desarrollo histórico de la filosofía griega, apareciendo ya en la primera manifestación de ella.

I. Presocráticos: el iusnaturalismo cosmológico

Este grupo de pensadores, con el que se inicia la filosofía griega, ostenta una porción de caracteres comunes que permiten darles un tratamiento unitario [1].

[1] La más destacada de esas notas es la coincidencia temática que se aprecia en los presocráticos, todos los cuales centran su atención en la φύσις o cosmos (de ahí los nombres de «fisiólogos» y

Ya en esta primera etapa de la mente filosófica griega se hace presente un incipiente iusnaturalismo, entendido en un amplio sentido, al encontrarnos con afirmaciones de la existencia de un orden superior al derecho positivo; aunque, por supuesto, y como cabía esperar, las posiciones están teñidas del carácter cosmológico que domina toda la filosofía presocrática, de modo que tal orden superior se identifica con el que impera en el cosmos, regido por una ley que presta al mundo su armonía, que hace que ese mundo sea precisamente un *kósmos* y no un *cháos*. Dos ejemplos de pensadores de este período nos ofrecerán suficiente muestra de esa concepción: HERÁCLITO y ANAXIMANDRO.

HERÁCLITO DE EFESO, llamado el *oscuro* por las dificultades que de siempre –SÓCRATES, al conocer su obra, dijo con su mordiente ironía: «Lo que he entendido es excelente, y lo que no he entendido probablemente lo es también»– se han presentado para interpretar su prosa, corta, sentenciosa y, a menudo, metafórica, cree encontrar la explicación del mundo en un permanente y eterno fluir, un movimiento constante que afecta a todo, pese a que los sentidos nos ofrezcan, engañosamente, la imagen de cosas inmóviles [2].

Pero este movimiento permanente responde a un orden impecable, se produce «según medida», y esta armonía y medida del eterno flujo procede de un principio inteligente, un *lógos* que gobierna todas las cosas: «este cosmos... fue, es y será fuego eternamente viviente, que se enciende según medida y se apaga según medida» (frag. 30); «todo lo que se arrastra es llevado a pastar por el látigo» (frag. 11); «el rayo gobierna todas las cosas» (frag. 64). Este *lógos* –que HERÁCLITO concibe como *lógos* divino– no sólo rige el universo, sino que también se transfunde en las leyes humanas: la legislación cósmica es fundamento del derecho de los hombres; he aquí cómo se expresa el efesio en el fragmento 114; «Porque todas las leyes humanas se alimentan de la ley única divina, la cual manda tanto cuanto quiere, y basta a todo y es superior

---

«cosmólogos» con que también se les conoce), tratando de interpretar y explicar el conjunto de cosas que les rodean y que sugieren en ellos una intuición genial: el mundo es muy diverso, pero por debajo de esa diversidad tiene que haber una ἀρχή o principio común a todas las cosas y que dé, por consiguiente, una unidad a ese mundo polimorfo. Junto a esa preocupación aparece también la reflexión sobre el cambio, que suscita este interrogante: ¿cómo es posible que una cosa cambie y, sin embargo, siga siendo la misma? Las doctrinas de los pensadores y escuelas presocráticas serán otras tantas respuestas a la pregunta acerca de la ἀρχή de las cosas; la preocupación por explicar el cambio va a ser la más persistente, pues está ya presente en los presocráticos –piénsese por ejemplo en los eleáticos o en HERÁCLITO– y alcanzará incluso a ARISTÓTELES.

[2] La concepción cosmológica del efesiota, expresada sintéticamente en su lacónica afirmación πάντα ρέι –*todo fluye*–. representa una increíble anticipación de más de veinticinco siglos a la tesis sostenida por la Física moderna, que entiende la materia como un conjunto de energísa y ofreciendo, por consiguiente, como hiciera HERÁCLITO, una visión dinámica de la naturaleza. La expresión de ese dinamismo lleva a éste a utilizar dos acertadas imágenes: el río y el fuego, ambos afectados de un movimiento que no cesa, y a los que alude reiteradamente en los fragmentos de su obra que se han conservado; poe ejemplo: «fluyen aguas siempre distintas sobre quienes entran en los mismos ríos». (frag. 12).

a todo». Pocas veces encontraremos una mayor contundencia en la alusión a un orden suprapositivo que legitima y da sentido a las leyes humanas; en la bella metáfora heraclítea —las leyes humanas *se alimentan* de la ley única divina— hay toda una lección de axiología jurídica.

En cuanto a ANAXIMANDRO, su concepción cosmológica de la justicia aparece en el único fragmento conocido —transmitido por SIMPLICIO— de su obra *Sobre la naturaleza*: «Allí donde está la génesis de las cosas que existen, allí mismo tienen que corromperse por necesidad, pues ellas tienen que cumplir la justicia y pena que recíprocamente se deben por su injusticia conforme al orden del tiempo» (traducción de López-Aranguren). Hay, para ANAXIMANDRO, una *díke* o justicia cósmica que, de modo semejante a como también lo afirmara HERÁCLITO, gobierna el mundo y hace que las partes de éste se correspondan unas a otras, produciendo la armonía; pues bien, la justicia, en cuanto virtud de los hombres, refleja esa misma idea de ajuste, proporción o armonía, de suerte que cada hombre ha de realizar lo que debe y le corresponde, para que pueda decirse que en la ciudad reina también la armonía: la *díke*, justicia cósmica, resulta así ser el modelo o canon en vista del cual se elabora la noción de *dikaiosýne* o virtud de la justicia.

II. SOFISTAS: LA OPOSICIÓN ENTRE PHÝSIS Y NÓMOS

Con la generación de los sofistas y con SÓCRATES, su contemporáneo, se produce un profundo giro en la filosofía griega, como consecuencia del cambio experimentado en el objeto fundamental de la especulación: mientras los presocráticos se preocuparon por dar una explicación del cosmos, intentando hallar el principio de las cosas, ahora el tema que va a prevalecer es el del hombre, como si el pensamiento, después de haber estado proyectado hacia afuera, se replegara sobre sí mismo para tratar de desentrañar la sorprendente realidad humana; por ello, a este período puede llamársele con toda razón *humanista* o *antropológico*, y por eso también el problema que va a prevalecer sobre todos será el problema ético. Por otra parte, con esta generación la especulación filosófica, que hasta entonces se había desarrollado sólo en las colonias, se manifiesta ya en Atenas, la metrópoli.

1. La generación sofista

Los sofistas enseñan durante el siglo v a. de C. y su peculiar modo de pensar aporta uno de los rasgos característicos de esta importante y movida centuria griega. Irrumpiendo pretenciosamente en la vida helena, su ímpetu, su dominio de la dialéctica y su falta de pudor intelectual para lanzar las

ideas que más pudieran escandalizar a la sociedad de la época, les llevaron a una actitud de renovación, tanto en el terreno del pensamiento como en el de la política, y aun en la misma forma de vida de los griegos de su tiempo.

Desde el punto de vista filosófico, los sofistas aportan, por primera vez, la tesis relativista en orden al conocimiento humano, plasmada crudamente en la conocida expresión de PROTÁGORAS: «El hombre es la medida de todas las cosas», en la que queda patente la negación de toda verdad permanente y absoluta.

Hay algo, sin embargo, que sí permanece inmutable: la φύσις, la naturaleza, que es siempre la misma en todas partes y para todos los hombres, afirmación que los sofistas hacen con la no disimulada intención de utilizarla para, desde ella, atacar las instituciones sociales y políticas: la variabilidad y la contingencia de éstas quedarán bien patentes al compararlas con la estabilidad y necesidad de la naturaleza. Como la naturaleza es una e idéntica para todos los hombres, debe cesar la distinción hasta entonces establecida entre los griegos y bárbaros, pues todos ellos están regidos por las mismas normas naturales; esa misma identidad natural obliga a negar la existencia de esclavos —la tesis hubo de ser explosiva en la Grecia del siglo V—, pues, como decía ALCIDAMAS, «la divinidad ha creado libres a todos los hombres; la naturaleza no ha hecho a nadie esclavo». En fin, la misma *pólis* —otro de los elementos esenciales de la mentalidad y de la vida griegas— cae también bajo los ataques implacables de la dialéctica sofista: el Estado es una realidad accidental, creada por una simple decisión humana, pero en modo alguno prevista por la naturaleza. No es exagerado afirmar, con ROMMEN, que, predicando estas ideas, los sofistas «sembraron verdadera dinamita en el mundo social griego».

2. La tensión phýsis-nómos

También ponen en contacto los sofistas la φύοις, con el νόμος o ley humana, pero no para proclamar la dependencia de ésta respecto a aquélla —como, según hemos visto, afirmaron los presocráticos—, sino para hacer ostensible la artificialidad del *nómos* frente a la autenticidad de la *phýsis:* a la ley humana, que no es sino algo artificial, cambiante, variable y, sobre todo, una posición adquirida y defendida por los grupos dominantes, contraponen la naturaleza y sus leyes, que representan lo auténtico e inalterable, una justicia objetiva. De este modo, *phýsis* y *nómos* son contemplados por la sofística como términos antagónicos, polémicos, sirviéndose de aquélla para evidenciar la falta de sustantividad de éste; la ley humana carece de entidad porque no es sino creación arbitraria, que cambia según varían los intereses de las clases dominadoras, que son las que hacen el derecho; éste no es más que un

instrumento del que se valen los poderosos para mantener su posición de privilegio, según afirma en la *República* platónica el sofista TRASÍMACO.

Esta concepción de las leyes humanas como instrumento en manos de una oligarquía dominante y poderosa para sojuzgar a los más tiene su contrapunto en la doctrina expuesta en el *Gorgias* platónico por un personaje sofista, CALICLES, para quien, al contrario, las leyes son utilizadas por una mayoría gris y mediocre como único procedimiento para tener dominados a los hombres fuertes, que son los que *naturalmente* deberían dominar; otra vez aunque desde distinta perspectiva, la contraposición entre las leyes humanas y la ley de la naturaleza.

Mas sea en la concepción de TRASÍMACO o en la de CALICLES, se mantiene siempre la oposición contradictoria entre φύοις y νόμος: la ley humana es una pura burla, un cruel sarcasmo, un invento para revestir la autoridad y legitimar una situación antinatural de opresión de unos pocos sobre los más o de los más sobre unos pocos; la ley positiva es un mero disfraz y la única ley verdadera es la que emana de la naturaleza. En el pensamiento sofista, por tanto, el derecho natural no sirve para fundamentar el positivo, sino, al contrario, para atacarlo y minar sus bases; de ahí que ROMMEN pueda hablar, muy acertadamente, de un iusnaturalismo «revolucionario» por hacérsele servir de ariete contra el orden jurídico y político constituido.

III. SÓCRATES

El exacerbado racionalismo de los sofistas, su implacable crítica de las instituciones jurídico-políticas en nombre de una ley natural y el escepticismo en que inevitablemente había de desembocar su relativismo hubieran llegado a causar perniciosos efectos en el pensamiento griego, y acaso también en la historia misma de Grecia, de no haber sido en buena parte contrarrestado por las enseñanzas de un contemporáneo, SÓCRATES (470-339), enemigo acérrimo de los sofistas, pero, como ellos, formando parte de la filosofía antropológica del siglo v griego [3].

Para SÓCRATES existe, por encima de los hombres, todo un mundo de valores objetivos y, entre ellos, el de la justicia, que tiene, por tanto, una realidad efectiva superior a toda determinación humana. Ese conjunto de valores es el que articula el orden impuesto al mundo por la Divinidad; luego los

[3] Esta coincidencia en el tema del hombre, determinados modos comunes de enseñanza, la identidad de ciertas afirmaciones y, en fin, el hecho mismo de la coetaneidad, hicieron que en su tiempo fuera Sócrates considerado como un sofista más; sin embargo, la semejanza se da sólamente en detalles accidentales y meramente externos, sin que puedan encontrarse demasiados puntos de contacto entre las respectivas doctrinas, que, por el contrario, manifiestan francas discrepancias. Tal ocurre con el tema del valor de las leyes humanas.

hombres, si quieren obrar conforme a los designios divinos, han de implantar y realizar entre ellos aquellas nociones axiológicas y, con ellas, la idea de justicia a través de las leyes. Las leyes humanas ya no son meros inventos o convencionalismos de los hombres para dominar a otros, sino fiel trasunto del valor objetivo de la justicia.

El elemento natural es más fecundo en la filosofía socrática que en el pensamiento sofista. El Estado es una realidad natural, no humana ni arbitraria, encarnando sus leyes el ideal objetivo de justicia, del que en cada hombre en particular hay también como un eco, manifestado en el *dáimon* o voz de la conciencia. Al afirmar SÓCRATES la existencia de normas de conducta objetivas, avala y garantiza las normas humanas, en lugar de apoyarse en la *phýsis* para combatirlas, como hicieran los sofistas, por lo que puede afirmarse que su iusnaturalismo —entendido, por supuesto, en términos amplísimos— es «conservador», frente al carácter revolucionario del iusnaturalismo sofista.

Precisamente por la armonía que existe entre la justicia objetiva y las leyes humanas, éstas deben ser respetadas y obedecidas ciegamente, ya que en ellas se incorpora aquella justicia. Pero incluso en presencia de leyes injustas, SÓCRATES se inclina también por la obediencia; y no era simple teoría, pues, condenado a muerte por una sentencia a todas luces injusta, prefirió acatarla antes que huir, como sus discípulos le proponían, diciendo a Critón (según relata PLATÓN en el diálogo de ese hombre): «Si proyectando nosotros fugarnos de aquí... se nos acercasen las leyes y los gobernantes de la ciudad y nos preguntasen: Dinos, Sócrates, qué piensas hacer... ¿te parece posible que siga existiendo, que no se venga abajo aquella ciudad en la cual no tienen fuerza alguna las sentencias pronunciadas, sino que pierden su autoridad y son aniquiladas por obra de los particulares?» (trad. de F. García Yagüe).

IV. PLATÓN

De todos los discípulos de SÓCRATES, fue PLATÓN (427-347), con mucho, el más destacado y uno de los más fieles; fidelidad profesada, ciertamente, más a la persona que a la doctrina del maestro, pues el genio platónico supo elaborar un sistema propio y original en el que, si no faltan las huellas de SÓCRATES, se ofrece una construcción plenamente personal.

Por la especial modalidad de la exposición de su pensamiento en los *Diálogos*, PLATÓN no dejó una filosofía ordenadamente construida, lo cual no quiere decir que no fuera sistemática; al contrario —y la crítica posterior se ha encargado de ponerlo de manifiesto— su pensamiento responde a un sistema articulado y congruente, cuya pieza fundamental o centro está constituido por la doctrina de las Ideas, que ilumina todas las partes de la filosofía platónica, dando unidad, coherencia y solidez al conjunto. Se hace imprescindible, pues, para abordar cualquier tema de ella, comenzar por la consideración de dicha doctrina.

Entiende PLATÓN que cuando los sentidos nos testimonian la existencia de un mundo de cosas que nos rodean y con las que convivimos, ofreciéndonoslas como auténticas realidades, están dándonos una imagen engañosa y equívoca. Porque la auténtica, verdadera y cierta realidad es la de las Ideas, que habitan eternamente en un «lugar del cielo» (τοπος οὐρανόν), de tal modo que las cosas de este mundo no son sino meras sombras, imágenes o reproducciones de las Ideas respectivas.

Mas en todo esto se encierra un contenido metafísico, porque la consecuencia de la tesis es que las cosas *son* en tanto en cuanto reproducen fielmente la Idea respectiva, que es la que presta la autenticidad y veracidad; un *verdadero árbol* es aquel que reproduce la Idea «árbol», y, por supuesto, no se trata sólo de una reproducción en el sentido de la simple configuración externa, sino de algo más profundo y esencial, de reproducir el modo de ser de la Idea correspondiente: por eso es *falso* árbol aquello que, pese a las apariencias morfológicas, no encarna la respectiva Idea.

La doctrina tiene aplicación a nuestro tema. Sólo será verdadera y auténtica ley aquella que sea hecha a semejanza de la ley ideal; en las normas elaboradas por los hombres sólo se dará auténtica justicia cuando en sí realicen la justicia idea, la Idea de la justicia. De esta suerte la Idea de derecho viene a convertirse en paradigma y modelo de todo derecho humano, o, lo que es lo mismo, el legislador no tiene libertad para obrar como quiera en la confección de las normas, pues habrá de tener en todo momento la mirada puesta en aquel ideal jurídico para imitarlo, para reproducirlo, para hacer así verdaderas leyes: «Estos Códigos serían –se lee en *El Político*– imitaciones de la verdad, trazadas lo más perfectamente posible bajo la inspiración de los que saben» (trad. de F.de P. Samaranch). Por eso sostenía PLATÓN que los filósofos debían ser los que gobernasen a los pueblos o bien que los gobernantes se hicieran filósofos, porque son los filósofos los que están más habituados a la contemplación del mundo de las Ideas.

¿Iusnaturalismo en PLATÓN? Es incuestionable que en el Ateniense se aprecia un iusnaturalismo en sentido amplio, es decir, lo que hemos llamado objetivismo jurídico, en cuanto que reconoce, más allá del derecho positivo elaborado por los hombres, una realidad a la que éste debe acomodarse si quiere cumplir su misión de establecer la justicia entre los humanos. Como en SÓCRATES, ese mundo de valores objetivos sirve para fundamentar y avalar las leyes humanas, al contrario de la posición sofista, que utiliza la *phýsis* para combatir el *nómos*. Y otra diferencia importante con los sofistas es que, mientras éstos exaltan la libertad del individuo frente al Estado, PLATÓN, en cambio –y también aquí se aprecia claramente la ascendencia socrática–, afirma que la perfección del hombre concreto sólo puede alcanzarse a través de la *pólis*, regentada por *verdaderas leyes*;

de ahí su preocupación por puntualizar las condiciones y circunstancias del «Estado mejor» (la Καλλίπολος), que es el tema de *La República* y de *Las Leyes.*

V. Aristóteles: lo justo legal y lo justo natural

El magisterio de Sócrates sobre Platón se enlaza con el de éste sobre Aristóteles (384-322), aunque la genialidad que en cada uno de ellos anidaba hiciera surgir tres sistemas filosóficos distintos, con su propia personalidad y fisonomía.

Aristóteles, como los sofistas, distingue entre lo que es justo por naturaleza y lo que resulta serlo porque así lo establecen las leyes humanas, aunque sin extraer de ello la actitud sofista de hostilidad al *nómos.* En el libro V, 7, de la *Ética a Nicómaco* establece el Estagirita esta diferencia capital: lo que es justo en la ciudad (*dikaíon politikón*), lo es o por naturaleza (*dikaíon physikón*) o por la ley (*dikaíon nomikón*); lo justo por naturaleza es aquello que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las diferentes opiniones; lo justo legal o por ley es aquello que, siendo de suyo indiferente, resulta ser justo porque se establece como tal. Y en el libro VIII, 12, se lee: «Igual que la justicia se manifiesta en un doble aspecto; uno no escrito, otro codificado por la ley...» (trad. de F. de P. Samaranch).

Parece clara la posición de Aristóteles. Lo *justo natural* es expresión de una justicia objetiva y, como tal, inalterable y permanente, sustraída a las diferentes soluciones que pueden ofrecerse según las circunstancias. Lo *justo legal* en cambio, es aquello cuya justicia le viene de que haya sido así establecido en las leyes humanas, siendo, por tanto, una justicia ocasional, circunstancial, lo cual explica la variabilidad de las legislaciones positivas, pues un comportamiento puede ser conveniente en un lugar o tiempo –y por eso se ordena– e inconveniente en otros –y por eso se prohíbe–, según los condicionamientos que en cada caso estén presentes; claro es que siempre habrá de tratarse de cuestiones indiferentes *per se*, pues lo que es justo por naturaleza no puede alterarse jamás por las normas humanas.

En el libro I, 10, de la *Retórica* vuelve Aristóteles sobre la misma distinción, aunque ahora referida más expresamente a las leyes (la distinción de la *Etica* afectaba a las especies de justicia, como acabamos de ver) y al ámbito de aplicación de unas y otras: «La ley es o particular o común. Llamo ley particular a aquellas normas escritas según las cuales se gobierna una ciudad, y ley común a aquellas normas que, sin estar escritas, parecen ser admitidas por todos». Y algo más adelante (I,13): «Llamo ley, por una parte, a la que es particular y, por otra parte, a la que es común; particular a la que viene determinada por cada pueblo para sí mismo, de las cuales, unas son escritas, otras, en cambio, no escritas, y ley común es la que es según la naturaleza.

Porque hay algo que todos adivinan que, comúnmente, por naturaleza, es justo o es injusto, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros» (trad. de F. de P. Samaranch).

La distinción entre ley particular y ley común es paralela a la que en la *Etica* se establece entre lo justo legal y lo justo natural, aunque parece que en la *Retórica* ARISTÓTELES no se ha fijado sino en el criterio de la territorialidad, sin atender al dato, mucho más substancial, del origen de cada uno de los dos tipos legales: ley particular es la que cada pueblo se da a sí mismo, la peculiar de cada comunidad y que responde, por consiguiente, a las circunstancias individuales de dichas comunidades; ley común, en cambio, es la aplicación universal, en todo pueblo. Distinción que recuerda o poco a la que, siglos después, se trazará en Roma entre el *ius civile* (propio de cada pueblo) y el *ius gentium* (de todos los pueblos).

Es, pues, indubitado el carácter iusnaturalista de la doctrina aristotélica, en la que por primera vez —PLATÓN no fue tan explícito— se afirma la existencia de «leyes según la naturaleza».

LECCION XXIII

LA IDEA IUSNATURALISTA EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO (Continuación)

I. La filosofía del helenismo: su preferencia por el tema moral

A la muerte de Aristóteles se abre en la filosofía griega un período con características muy peculiares, que le vienen, en parte, de las grandes transformaciones políticas que se han operado en Grecia a partir de la segunda mitad del siglo IV. En primer lugar, la reflexión filosófica abandona el tema metafísico, con lo que el rango o nivel del pensamiento disminuye, ya que la metafísica es, por así decirlo, la disciplina medular de la filosofía, de la que de un modo u otro participan todas las demás disciplinas filosóficas.

Este descenso de lo filosófico corre parejo con la decadencia, igualmente notable, que se aprecia en la producción de las demás esferas culturales griegas en esta misma época, lo cual parece obedecer a una regla histórica bien conocida y confirmada: que después de una etapa de esplendor en un determinado ámbito cultural, adviene otra en que todas las producciones experimentan un notable descenso, como si el genio del pueblo en cuestión, fatigado por el esfuerzo anterior, necesitara entrar en una fese de reposo (recuérdese, por ejemplo, la etapa posterior a nuestro Siglo de Oro).

El abandono de la metafísica, disciplina que es el paradigma de la filosofía especulativa, tiene como lógico correlato el que la atención se centre sobre la filosofía práctica, que no es otra cosa, en definitiva, que la ética. No quiere decirse que se estudie sólo la ética, ya que junto a ella el pensamiento helenista abordó también la física y la lógica, pero lo cierto es que estas dos últimas disciplinas interesaban solamente en cuanto sufragáneas o auxiliares de la ética.

Esta predilección por ls temas morales pudo deberse también a la quiebra de la Ciudad-Estado, concepción política que se ve superada por estruc-

turas mucho más amplias, en las que queda subsumida, a partir de la creación del Imperio de Alejandro: la *pólis* deja de ser el centro de imputación de lo político para dejar paso a la *cosmópolis*; el individuo se ve solo y anonadado ante un poder inmenso, comprende que ya no puede intervenir en la gestión de la cosa pública y se repliega sobre sí mismo, se desentiende de cuanto sucede a su alrededor para ocuparse únicamente de su propia felicidad. En todos los sistemas helenistas, el esfuerzo de la filosofía se concentrará en la realización del *ideal del sabio* que no es otro que hallar el verdadero camino para alcanzar la felicidad.

II. El estoicismo: de la filosofía griega al pensamiento romano

En la etapa helenista subsisten la Academia platónica y el Líceo aristotélico, que prolongaron sus enseñanzas nada menos que hasta el siglo VI de nuestra Era. Pero lo que tipifica la época es la aparición de una serie de sistemas filosóficos nuevos que ostentan las características que para el período antes hemos señalado. De ellos, el de mayor importancia es, sin duda, el estoicismo, que constituye la afirmación más contundente del iusnaturalismo dentro del pensamiento precristiano. Fundado por Zenón de Kition en el año 306 a. de C., alcanzó hasta casi el final del siglo II de nuestra Era, sin contar con el reverdecimiento de sus doctrinas —especialmente las morales— en el «neoestoicismo» aparecido en el Occidente europeo a partir del Renacimiento, y que se manifiesta en bastantes autores durante los siglos XVI y XVII. El término *estoico* procede del lugar -un pórtico, *Stoá* en griego— en que Zenón empezó a impartir sus enseñanzas.

1. Períodos

El estoicismo no es propiamente una escuela filosófica, ya que se dilató enormemente en el espacio y en el tiempo, con la consiguiente falta de continuidad en el magisterio.

Suelen distinguirse tres épocas:

a) El estoicismo *antiguo* cuenta entre sus personajes más notorios a Zenón (336/5-263), Cleantes (33-232/1) y Crisipo (281/77-208/5), que es el que realizó mayores aportaciones y sistematizó la doctrina estoica, siendo bastante más importante que el propio fundador («Si Crisipo no hubiera existido, no habría existido el Pórtico», afirmaba Diógenes Laercio). En esta primera etapa se construyen las bases del sistema, que incorpora precedentes heraclíteos, platónicos, aristotélicos y, en la moral, cínicos, sin que por

ello resulte una doctrina ecléctica, ya que dichos antecedentes se amalgaman sabiamente en un pensamiento de fisonomía propia.

b) El contacto con otras ideas obliga a la doctrina estoica a buscar unas posiciones de mayor flexibilidad, abandonando el rígido dogmatismo de la etapa anterior mediante la incorporación de ciertas tesis procedentes de otros sistemas, con lo que se da lugar al estoicismo *medio* de carácter más bien ecléctico, que se desarrolla durante los siglos II y I y cuyos dos pensadores más cualificados son PANECIO (185/80-112/19) y, sobre todo, POSIDONIO (135-51), viajero infatigable, escritor fecundísimo y uno de los hombres de saber más enciclopédico de la Antigüedad, habiéndosele llegado a comparar, en este aspecto, con el propio ARISTÓTELES. Fundó en Rodas una famosa escuela en la que fue discípulo CICERÓN, y cuyas enseñanzas se prolongaron hasta bien entrado el siglo III de nuestra Era.

c) El estoicismo *nuevo* se extiende a lo largo de los siglos I y II de la Era cristiana y es ya plenamente romano, si bien algunos de sus representantes escriben todavía en griego. Significa, en general, una vuelta a la pureza dogmática del estoicismo antiguo, abandonando el eclecticismo de la etapa media, aunque se advierte también en estos últimos estoicos una doctrina moral más humanizada, frente al rigorismo de los primitivos. Se destacan en este tercer momento los nombres de LUCIO ANNEO SÉNECA (4-65), en quien la ética estoica alcanza el mayor grado de excelencia, acercándose incluso a la moral cristiana; CAYO MUSSONIO RUFO (30-102), un auténtico asceta; EPICTETO (50-125/38), seguramente el más fiel al estoicismo primitivo, y el emperador MARCO AURELIO (121-180), procedente, como SÉNECA, de España, y con quien termina la larga lista de nombres destacados del estoicismo, pues los personajes que por poco tiempo van a continuar la doctrina son ya de muy escaso interés.

2. Principales tesis

Es sorprendente cómo esta dirección filosófica, a pesar de su dilatada vida de casi quinientos años, supo mantener un cuerpo de doctrina en todo su desarrollo. En los temas que a nosotros nos interesan, esa línea medular –aparte, claro es, de las matizaciones de cada autor y etapa– está representada por los siguientes puntos:

1) El concepto de naturaleza. La *phýsis* estoica, que recuerda algo la concepción de los sofistas y la de algunas escuelas socráticas menores, es una *phýsis koiné*, o *naturaleza común*, que comprende unitariamente a la totalidad de los seres, cualquiera que sea su condición o dignidad; por otra parte, y recogiendo en esto el precedente de HERÁCLITO, la naturaleza estoica está transida toda ella de un principio espiritual y divino, de manera que vie-

ne a ser una naturaleza viva, divinizada y, por lo mismo, racional, dando así origen a una visión panteísta del mundo.

2) La negación de la esclavitud. Participando todos los hombres de esa misma naturaleza común, no tiene sentido una institución como la esclavitud, que anteriormente –por ejemplo, en ARISTÓTELES– se había pretendido basar en diferencias *naturales* entre el hombre libre y el siervo; para el estoico, como ya lo fuera para los sofistas, la esclavitud es un simple hecho social que en modo alguno puede justificarse con motivaciones metafísicas.

3) Fraternidad. Como consecuencia también de la comunidad de naturaleza, existe entre todos los hombres una fraternidad que obliga a la práctica del amor, de la *filanthropía* extendida a todo el género humano; el estoicismo llega así a ser, dentro del pensamiento pagano, la doctrina más enaltecedora de los valores humanos: *homo res sacra homini* (el hombre es algo sagrado para el hombre), afirmaba SÉNECA.

4) Cosmopolitismo. Todos los hombres somos ciudadanos de un Estado universal, siendo las diferencias nacionales puramente adjetivas y circunstanciales. Esta comunidad universal, de la que se encuentran precedentes en autores anteriores y especialmente en los cínicos, no se basa únicamente en fundamentos metafísicos –la naturaleza común–, sino también en razones históricas ya antes aludidas: la crisis del ideal de la *polis* con la realización del imperio alejandrino; por ello, la tesis cosmopolita va a ser especialmente atractiva para el estoicismo nuevo, que vive dentro del imperio romano y, por supuesto, para MARCO AURELIO, que ve así justificada filosóficamente su actividad política: «Por ser Antonino –afirmaba el emperador–, mi patria es Roma; pero por ser hombre, mi patria es el mundo».

3. El iusnaturalismo estoico

El iusnaturalismo estoico arranca de una idea que ya hemos visto formulada más de una vez en el pensamiento griego anterior: el orden del mundo. Pero este orden no es sólo estático, sino también dinámico, porque en las cosas todas se descubre una finalidad hacia la que indefectiblemente, conjugándose entre sí, las causa que actúan en el Universo, ofreciendo así una imagen teleológica o finalista del cosmos que recuerda no poco la de HERÁCLITO. Si todo se endereza a su fin es porque en el mundo está presente una ley universal de carácter racional, un *lógos* gobernador de todas las cosas que no es sino el destino o *fatum* contra el que es inútil rebelarse; al contrario, lo sensato es aceptarlo y acomodarse a él, pues, como afirma SÉNECA en una de sus epístolas, «los hados conducen a quien se somete a ellos, pero arrastran a quien se les resiste» (*fata volentem ducunt, nolentem*

trahunt). El hombre, por consiguiente, no es, no debe ser sino una pieza más en el implacable determinismo que rige el universo.

Pero no olvidemos que una de las ideas centrales del estoicismo es la *phýsis koiné*, conforme a la cual el hombre forma parte también de la naturaleza, por lo que se encontrará sometido igualmente a esa ley universal, como efectivamente descubre tan pronto como conoce la existencia en su conciencia de una *ley de la naturaleza* que le dicta lo que debe hacer y lo que debe omitir: serán actos buenos los que sean conformes a la naturaleza, y malos los que la contradigan, admitiéndose también una tercera especie, constituida por las conductas indiferentes (*adiáfora*); los actos buenos deben ser realizados por el hombre, evitados los malos, y en cuanto a los indiferentes, ejecutados o no según las circunstancias.

En nosotros mismos, por tanto, en nuestra propia naturaleza, tenemos la pauta y clave de nuestro comportamiento moral, por lo que el ideal del sabio será, como decía ZENÓN, vivir *conforme consigo mismo (homologóumenos)*, fórmula que después generalizará CLEANTES, al señalar como regla de oro de la moral el *vivir conforme a la naturaleza* abandonándose a las prescripciones y prohibiciones que la misma nos dicta.

Pero la naturaleza humana es racional, por lo que la conducta del hombre ajustada a la ley natural no debe obedecer sino a motivaciones racionales, lo cual exige dejar a un lado cuanto implique una perturbación de la función intelectiva, suprimir el apego a las cosas materiales y elevarse, en una difícil ascesis, por encima de cualquier convulsión espiritual que altere la quieta serenidad de la razón. El sabio estoico debe domeñar toda pasión, todo afecto, todo placer y todo dolor; con idéntica indiferencia ha de enfrentarse con la fortuna y con la adversidad: «Has de ser –decía MARCO AURELIO en los *Soliloquios*– como una roca contra la que se estrellan todas las olas; ella está firme y el oleaje se amansa a su alrededor». Cuando el hombre haya culminado ese ideal, en lucha incesante contra sí mismo, habrá alcanzado la *apatheia*, la ausencia de pasiones, la imperturbabilidad o impasibilidad, actitud que, trascendiendo más allá de la filosofía, ha venido a caracterizar una forma de vida, una manera de ser y de contemplar el mundo que se llama precisamente *estoica*. No es fácil el camino, pero merece la pena recorrerlo, como a ello exhorta EPICTETO: «Grande es la lucha y divina la obra. El fin es el reinado, la libertad, la serenidad, la ataraxia. Llama a Dios en tu ayuda».

Mas los hombres viven dentro de comunidades políticas regidas por las *leyes positivas* por lo que han de dilucidarse las relaciones entre éstas y la ley natural; una vez más se plantea la problemática de la *phýsis* y el *nómos*. Para el estoicismo la solución es clara, en el sentido de que las leyes de los hombres sólo son justas y buenas si son congruentes con la ley de la naturaleza, o, con expresión de EPICTETO, con la ley de la razón. Porque, como decía CICERÓN en *De legibus* «¿Por qué si la ley hace justo lo que es injusto no va a

poder también hacer bueno lo que es malo? Pero nosotros no podemos distinguir la ley buena de la mala por ningún otro criterio que no sea el de la naturaleza».

Como se ve, el estoicismo construyó una doctrina de la ley con estructura trimembre: hay una ley universal, una ley natural y una ley humana, estrechamente relacionadas entre sí, deduciéndose racionalmente una de otra. En esta estructura se apoyará el pensamiento cristiano para articular las nociones, también vinculadas, de *lex aeterna, lex naturalis* y *lex humana.*

III. La idea iusnaturalista en Roma: Cicerón

Roma, que creó un Imperio, fue, en cambio, incapaz de hacer una filosofía propia, viviendo en ese aspecto del legado de Grecia; porque los pueblos, como los individuos, tienen su idiosincrasia y su modo de ser, y el de los romanos se caracterizó por una practicidad que les hacía poco aptos par la especulación filosófica, si bien les permitió ser maestros en la Jurisprudencia [1].

El pensamiento romano se forja, en efecto, con las aportaciones de casi todos los sistemas filosóficos helenos, lo cual le da un aspecto claramente ecléctico, si bien la doctrina que más aceptación tuvo en Roma fue la estoica, aunque matizada con inserciones de otras direcciones. Seguramente la recepción romana del estoicismo tuvo razones históricas, en cuanto que tal sistema era el de mayor vigencia en el momento en que comienza el auge de Roma, pero acaso también la predisposición hacia la doctrina de la *Stoa* se debió a ese pragmatismo romano al que líneas atrás nos referimos, que forzosamente tenía que inclinarse, de entre todas las concepciones filosóficas, hacia la que, como la estoica, ofrecía soluciones prácticas para la vida del hombre y en la que, por otra parte, se predicaba un cosmopolitismo que tan bien se avenía con la concepción romana del Imperio [2].

---

[1] Por otra parte, la herencia griega asumida por Roma –y no sólo en lo filosófico, sino en general, en todas las manifestaciones culturales– no representa sino un ejemplo más de un fenómeno histórico muchas veces repetido. Cuando un pueblo, siguiendo una línea ascendente, llega a alcanzar su momento culminante, su Siglo de Oro, el instante de auge esplendoroso en lo material, lo político y lo intelectual, llenando la Historia toda y haciéndose con la hegemonía del mundo, experimenta después un rápido descenso, una caída casi vertical de su predominio político –acompañada de una notoria decadencia también en lo cultural–, y acaba por sucumbir ante otro pueblo, joven y vigoroso, que domina a aquella civilización vieja y gastada, arrebatando a su mano la antorcha de la rectoría de la Historia. Si bien ese pueblo joven, y precisamente por serlo, tiene ímpetu y vigor, pero carece de tradición y de cultura; y para llenar ese vacío asimila todo el bagaje intelectual, literario y artístico del pueblo vencido. Tal es lo que ocurrió entre Grecia y Roma, como andando los siglos sucedería entre Roma y los pueblos bárbaros, que conquistaron el Imperio romano, pero se vieron a su vez conquistados por la cultura de éste.

[2] Los nombres más descollantes del estoicismo romano son, como antes se apuntó, los de Séneca, Mussonio Rufo, Epicteto y Marco Aurelio, pero quien elaboró la más acabada doctrina

Pocos autores del paganismo pueden merecer mejor que CICERÓN el calificativo de iusnaturalista, pues no sólo profesa un sólido objetivismo jurídico, sino que es constante en él la apelación a la naturaleza como fundamento del derecho. Su concepción responde, desde luego, al tríptico de leyes que hemos visto como característico de la doctrina estoica, aunque a decir verdad, no están en él demasiado deslindadas las nociones de ley cósmica o universal, rectora de la actividad del mundo, y ley propia y específicamente natural, esto es, atinente sólo al comportamiento humano, en cuanto que a ésta le otorga en ocasiones la condición de eterna.

Incesantes son las referencias a la ley natural: unas veces con ciertas implicaciones divinas, como cuando habla de una *recta et a numine deorum tracta ratio, imperans honesta prohibensque contraria* (recta razón provinente de la mente divina, que manda hacer lo bueno y prohíbe lo contrario); otras veces con expresa a alusión a la naturaleza, simplemente o a la naturaleza de las cosas, como al definir la ley natural afirmando que es *ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt prohibetque contraria* (suprema razón inserta en la naturaleza, que manda lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario), o bien como *ratio profecta a rerum natura et ad rectum faciendum impellens et a delicto avocans* (razón derivada de la naturaleza de las cosas que mueve a obrar lo bueno e invita a omitir lo malo).

Dos afirmaciones quedan bien claras; que el derecho tiene su última base y fundamento en la naturaleza, hasta el punto de que *ius in natura esse positum intellegi possit* (podría entenderse que el derecho yace en la naturaleza); y que esa ley emanada de la naturaleza tiene una precedencia –lógica, ontológica e histórica– sobre las normas humanas, ya que *ante nata est quam scripta lex ulla, aut quam omnino civitas constituta* (es previa a toda ley escrita y existe con anterioridad a la fundación de las ciudades).

Pero el pasaje que se ha hecho ya clásico es aquel del libro III del tratado *De republica*, en el que CICERÓN ofrece una cabal descripción de esa ley suprema, de sus caracteres y efectos: «Hay una ley verdadera que consiste en la recta razón, conforme con la naturaleza, universal, inmutable y eterna, que con sus mandatos llama al cumplimiento de la obligación y disuade del mal con sus prohibiciones... Esta ley no puede anularse ni ser derogada en todo o en parte, y ni siquiera por la autoridad del senado o del pueblo podemos ser dispensados de la misma, la cual no necesita glosador o intérprete. No es una ley diferente en Roma y en Atenas, ni es una ahora y otra después, sino que

---

sobre la ley natural fue CICERÓN (106-43 a. de C), fuerte personalidad de amplísima cultura que sobresalió en la filosofía, la oratoria, el oficio forense y la política, actividad, esta última, que le llevó a su trágico fin. En la obra ciceroniana se evidencia la formación ecléctica de su autor, aunque en el tema que nos ocupa la incidencia estoica es más sobresaliente que en otros puntos de su pensamiento; no se olvide que CICERÓN asistió a la escuela estoica fundada en Rodas por POSIDONIO, como páginas atrás se indicó.

la misma norma eterna e inmutable regirá para todos y en cualquier tiempo...». Y en el discurso *pro Milone*, una pieza ejemplar de la oratoria forense ciceroniana, completa la descripción al decir: «Esta es no una ley escrita, sino innata, ya que no la aprendemos, ni nos sometemos a ella por nuestra voluntad, ni la escogemos entre varias, sino que la hemos obtenido de la propia naturaleza, de donde la sacamos o extraemos; no hemos sido educados e instruidos en ella, sino creados e inmersos en la misma».

En cuanto a la ley positiva, no puede ser para CICERÓN otra cosa que la explicitación o concreción de la ley natural, ya que ésta preside la conducta toda del hombre; cuando en *De legibus* afirma que las «leyes humanas se dirigen u orientan hacia una ley que consiste en la sempiterna y expresa naturaleza de todas las cosas» está adoptando una postura iusnaturalista del corte más típico, puesto que sólo concibe la ley humana en tanto en cuanto se adecúa y corresponde con las prescripciones de la ley natural.

IV. LA NOCIÓN DE «IUS NATURALE» EN LOS JURISTAS ROMANOS

El iusnaturalismo de CICERÓN queda también patente en la distinción que establece entre *ius civile, ius gentium* y *ius naturale*. El *ius civile* es propio de cada pueblo y está integrado por las leyes positivas vigentes en la comunidad política; el *ius gentium* es a manera de un derecho universal, aplicable en todo momento y lugar, y no es otra cosa que la determinación o concreción de los postulados generales y abstractos del *ius naturale*, el cual, por consiguiente, está por encima de los otros dos. En ocasiones no llega a distinguir con demasiada precisión entre *ius gentium* y *ius naturale*, pero, en todo caso, si parece claro que, en su concepto, el *ius gentium* es, como el derecho civil, un ordenamiento *positivo* —aquél con vigencia universal, éste dado para una comunidad política concreta— a diferencia del derecho natural, que aparecería así como el fundamento de ambos.

Veamos ahora, de modo conciso, la suerte corrida por la noción de *ius naturale* en los grandes juristas romanos posteriores a CICERÓN. Para GAYO (120-190), no hay más que dos categorías de *ius:* el *ius civile* («el que cada pueblo se da a sí mismo») y el *ius gentium* («aquel de que usan todas las naciones»). No habla, pues, del *ius naturale*, si bien el concepto de *ius gentium* no está exento de cierto sentido iusnaturalista, no sólo por su extensión universal, ya que *apud omnes populos peraeque custoditur* (es observado de forma igual por todos los pueblos), sino también por su fundamento en la naturaleza racional, dado que es el derecho *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit* (el que en verdad ha establecido la razón natural entre todos los hombres).

ULPIANO (170-228) vuelve a la clasificación tricotómica de CICERÓN: el

ius civile es propio de cada pueblo; el *ius gentium* tiene, en cambio, una vigencia universal y no limitada a un pueblo determinado; en cuanto al *ius naturale*, da del mismo un extraño concepto: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur* (Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a los animales. Porque este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar). La noción de ULPIANO, al dar tal extensión al *ius naturale*, recuerda no poco la idea de *lex universalis* o cósmica tan característica de los estoicos, con lo que el *ius gentium* vendría a ser para él como un *ius naturale* restringido únicamente a la especie humana.

PAULO (180-235) sólo distingue entre el *ius civile* y el *ius naturale*. El primero es el que existe en cada ciudad y se basa en criterios de utilidad (*quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est;* el que en cada ciudad resulta útil a todos o a la mayoría); el *ius naturale*, en cambio, se fundamenta en principios de justicia (*quod semper aequum et bonum est*; el que siempre es bueno y justo), concepción que evoca —una vez más— la distinción aristotélica entre *dikaíon physikón* y *dikaíon nomikón*. Esta adscripción del *ius naturale* al valor ideal y objetivo de lo *iustum* culminará, ya en época justinianea, con la inserción del derecho natural en la esfera de lo divino, según se evidencia en este pasaje de las *Instituciones* de JUSTINIANO: *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque inmutabilia permanent* (las leyes naturales, que se observan por todos los pueblos de forma igual, constituidas por una cierta providencia divina, permanecen siempre firmes e inmutables). La vieja tesis iusnaturalista del pensamiento greco-romano se ha insertado ya con los dogmas del cristianismo.

LECCION XXIV

EL IUSNATURALISMO CRISTIANO

I. El cristianismo como fenómeno histórico-cultural

Como páginas atrás se afirmó, la filosofía de la Antigüedad tiene necesariemente que considerarse con una inesquivable doble vertiente: por un lado, el pensamiento pagano, que todavía se extiende, ya en la Era cristiana, hasta el siglo v, con el neoplatonismo; por otro lado, el pensamiento cristiano. La razón de la escisión de la filosofía antigua en dos momentos —pagano y cristiano— está en que la predicación de Cristo no ofreció sólo una nueva religión, sino que dio lugar también a una concepción del mundo y de la vida absolutamente distinta de la hasta entonces vigente.

Pocos acontecimientos, en efecto, habrán sido tan significativos para la historia de la Humanidad y para la evolución de las ideas como la aparición del cristianismo. Aun prescindiendo de su significación trascendente y considerándolo como mero hecho histórico, el advenimiento de la nueva doctrina representó una aportación de ideas hasta entonces desconocidas en la tradición cultural grecolatina, y cuya novedad hubo de causar impacto, inevitablemente, en el modo de pensar y en el modo de obrar de los hombres, hasta el punto de que ningún sector cultural dejó de acusar la influencia y la impronta de la ideología cristiana: el arte, la filosofía, la política, la producción literaria y también el derecho se vieron desde muy pronto afectados por las nuevas concepciones y los nuevos criterios traídos por la religión que acababa de nacer [1].

[1] Piénsese, por ejemplo, en lo que debieron de significar la afirmación monoteísta —conservada secularmente por el pueblo hebreo en medio de un general politeísmo— o la idea de creación, desconocida por el pensamiento griego, o la noción de un Dios personal ocupado en la gobernación del mundo. Tesis todas ellas contenidas en la doctrina judaica, pero que sólo tuvieron acceso a

Por supuesto, la noción del derecho natural, al reelaborarse dentro del pensamiento cristiano, va a reflejar igualmente el influjo de la nueva mentalidad. Pero es pertinente hacer una puntualización importante y que está en relación con algo que ya se aludió anteriormente; a saber, que no siempre, en los autores cristianos de los cuatro primeros siglos, vamos a encontrar un auténtico iusnaturalismo en el sentido más estricto del término. Porque, como en su momento se indicó, se entiende por iusnaturalismo toda postura que afirme la existencia, más allá y por encima del derecho positivo, de un orden preceptivo de carácter objetivo, inmutable y derivado de la naturaleza, al que no pueden contravenir los mandatos de los hombres y en el cual encuentra ese derecho humano su fuente y fundamento. En otras palabras: el iusnaturalismo vincula siempre el derecho positivo con ese orden preceptivo objetivo, constituyendo a éste, por consiguiente, en criterio último regulador —mediante su explicitación a través de los preceptos positivos— de las *relaciones sociales:* el derecho natural, por ser *derecho,* no puede entenderse sino como algo orientado hacia esas relaciones sociales.

Pues bien, en bastantes autores de las primeras centurias cristianas —y aún en alguno muy posterior, como GRACIANO—, las alusiones a una *ley natural* no encajan plenamente en aquel concepto de iusnaturalismo. La «ley natural» es para ellos una ley *moral* natural, es decir, un conjunto de preceptos ofrecidos por la propia naturaleza humana para regular la conducta *ética* de los hombres, pero sin establecer la conexión ontológica entre dicha ley y el derecho formulado por los hombres. Por supuesto, tal derecho no puede ni debe contradecir los preceptos de la ley natural, pero ésta no se concibe como elemento fundante de aquél: para dichos autores la ley natural regula el comportamiento del hombre en cuanto tal, no del hombre en cuanto miembro de un cuerpo social (o por lo menos no exclusivamente); dicho de otro modo: en su concepción la ley natural no es sino un medio para alcanzar la perfección personal, sin constituir —al menos no lo afirman de modo expreso—, un factor determinante del derecho positivo.

Mas antes de entrar en la exposición de los diferentes autores se hace necesario abordar una cuestión previa, que no afecta sólo al pensamiento cristiano antiguo, sino a todo el pensamiento cristiano que, de un modo u otro, ha perdurado hasta nuestros días; nos referimos a la relación entre cristianismo y derecho.

---

la cultura occidental mediante su recepción por el cristianismo, que culminó su ideología con el dogma de la Redención y con el precepto del amor entre los hombres, fundado en razones teológicas.

II. Cristianismo y derecho

Concretamente, la cuestión que presentamos es ésta: la aparición del cristianismo, irrumpiendo de modo decisivo en el mundo cultural pagano, ¿tuvo alguna influencia en la evolución del derecho y de la filosofía jurídica? La respuesta a esta pregunta exige un examen de las posibles vinculaciones de lo religioso, y más concretamente de la ideología cristiana, con el derecho.

Históricamente, las primeras manifestaciones de lo jurídico aparecen involucradas en el dogma religioso, subsunción típica de las culturas primitivas: los conceptos de pecado y de delito son inseparables, o más exactamente, integran una sola idea. En dichas culturas, el carácter religioso le viene al orden jurídico a través del sentido trascendente, que también afecta al orden político, culminando en un monarca de incuestionable origen divino; suprema ascendencia que asegura una obediencia en el súbdito, reforzada por motivos religiosos. Y la norma emanada del soberano será, pues, más que un precepto jurídico —o si se quiere, puesto que se dirige a ordenar las relaciones sociales, además de un precepto jurídico—, un mandato religioso [2].

Poco a poco, aunque con la lentitud propia de toda evolución histórico-cultural —que contrasta con los violentos virajes con que en ocasiones se produce el desarrollo histórico político—, en las instituciones sociales se va perfilando una progresiva secularización, que afecta, por tanto, también al derecho, y que indudablemente es debida a una mayor sutileza en la distinta consideración teleológica de lo jurídico y de lo religioso, comprendiéndose que frente a los fines trascendentes de la religión, el derecho sólo pretende fines temporales, en cuanto que limita su acción al orden de la convivencia humana.

Así va naciendo el orden jurídico con entidad propia y perfiles de relativa autonomía respecto de los valores religiosos; relativa, porque el derecho nunca llega a desprenderse de ciertos elementos que en un sentido amplio pueden calificarse como suprahumanos y que en él persisten como vestigios de la esfera religiosa, en cuyo seno tuvo su origen [3].

---

[2] Tal es lo que ejemplifican los documentos histórico-jurídicos que se conservan de los pueblos orientales, en los que el sistema teocrático pervivió durante siglos; y rasgos de esa concepción religiosa del derecho se conservaron en Roma, a través del sentido ritual de ciertas fórmulas (recuérdese, por ejemplo, la ceremonia religiosa de la *confarreatio* como medio de procurar la *conventio in manum* de la mujer), especialmente en las etapas primitivas, en que todavía no ha aparecido la diferenciación entre *ius* y *fas* y en que aún la interpretación del derecho está monopolizada por los pontífices.

[3] No queremos decir que esas «huellas» tengan siempre un sentido actual religioso, ni tal vez, siquiera, busquen una conexión con lo divino, que puede incluso ser excluido de modo expreso; pero entendemos que siempre que se quiere ver en el derecho algo «más allá» de lo que *prima facie* ofrecen sus mandatos, se está renovando ese ancestral carácter divinizado que en sus orígenes tuvo

Religión y derecho contienen, pues, evidentes vinculaciones. Pero la consideración del caso cristiano nos obliga a trasplantar la cuestión al terreno de lo concreto y discriminar hasta qué punto es válida aquella afirmación hecha *in genere*, cuando se trata de la religión cristiana. Porque aquí no estamos ya ante un proceso de progresiva independencia de los esquemas jurídicos. El cristianismo, al nacer como creencia religiosa, se encuentra con un derecho constituido como tal ordenamiento jurídico, actuante en una esfera que reconoce como propia, y secularizado, es decir, con unas finalidades que se detienen ante el misterio de lo trascendente. Dada la realidad histórica de este encuentro entre el cristianismo y el derecho del mundo clásico, ¿puede seguir vigente el aserto de la existencia de vínculos entre lo religioso —ahora ya lo cristiano— y el derecho?

La cuestión debe plantearse en forma interrogativa, pues en los textos evangélicos se insertan ciertas parábolas y hay recogidas algunas palabras del propio Cristo que parecen querer trazar una *radical* separación entre lo religioso y lo mundanal, entre el negocio supremo de la salvación y las preocupaciones de aquí abajo. «Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios», «mi reino no es de este mundo» y otras expresiones de sentido análogo parecen apuntar aquella actitud, que significaría, por lo que a nosotros nos interesa ahora, que el cristianismo es una creencia por lo menos *ajurídica*, indiferente y desvinculada de lo jurídico, puesto que el derecho sólo tiene que ver con los quehaceres terrenales del hombre, cuando no, como afirma RADBRUCH, que el derecho y el Estado son inesenciales —carentes de valoración— para el cristianismo, o incluso que derecho y cristianismo están en absoluto antagonismo, según la opinión de TOLSTOI, resucitando viejas afirmaciones luteranas; frente a la exacta equivalencia o proporción entre las prestaciones de las partes, que el derecho persigue siempre como suprema expresión de la justicia, el cristianismo nos manda lo desproporcionado, lo inigual, como es devolver bien por mal, perdonar a nuestros enemigos, ofrecer la otra mejilla cuando nos abofetean.

Mas parece que tal interpretación de los aludidos textos resulta o excesivamente amplia, hasta hacer comprender en ella implicaciones demasia-

---

lo jurídico. Y es en esta línea constante donde creemos ver el último enlace del derecho con lo religioso, entendido en el amplísimo sentido de realidad transhumana y transmundana, pues, en definitiva, aun cuando para dotar a la norma positiva del fundamento necesario se apela al concepto laicizante de «naturaleza», incluso con la intención explícita de colocarlo como elemento de separación entre la Divinidad y el derecho —sistema iniciado por GROCIO y continuado por el iusnaturalismo racionalista—, la inconexión se hace imposible al seguir considerando a Dios como creador de esa naturaleza.

do alejadas de sus palabras, o simplista en demasía al detenerse en lo literalmente significado por aquéllos [4].

III. Influjo del cristianismo en el derecho

Hay razones, por tanto, para no suscribir la tesis de la oposición entre el cristianismo y el derecho. Al contrario, la realidad histórico-jurídica pone de manifiesto que hubo unas patentes vinculaciones entre la esfera religiosa y la jurídica, en el sentido de un influjo de aquélla en ésta. Y no podía ser de otra manera. El cristianismo tiene, primordial y directamente, un sentido moral, y en su dogmática se articula, como en toda religión, un sistema de medios puestos a disposición del hmbre para la consecución de su último fin; la predicación primitiva propugnaba únicamente una perfección moral y no una alteración en las condiciones políticas y sociales existentes. Pero las ideas de la nueva religión tienen después tanta repercusión –que se hace notar en forma lenta y paulatina–, en la estructura de la sociedad, repercusión que el cristianismo no buscó directamente, pero que tenía que producirse por su misma dinámica expansiva [5].

Por un lado, el dogma del Cuerpo Místico instaura en la realidad eclesiástica la noción de pluralidad de miembros relacionados, con evidente carácter social; pero, además, no debe olvidarse que la observancia de las normas morales es exigida al individuo no sólo en las acciones estrictamente inmanentes, sino en todas aquellas de las que se sienta sujeto responsable, y, por tanto, también en las de comunicación o relación con los demás, entre las que se encuentran las pertenecientes al orden jurídico. Es decir, que en estas acciones cabe también un comportamiento moral, por lo que los preceptos que regulan éste no pueden quedar indiferentes ante esta actividad jurídica, y es por ello por lo que antes se decía que el cristianismo, aunque «de

---

[4] Seguramente lo que en los referidos pasajes quiere expresarse es un criterio aclaratorio del verdadero sentido religioso –y no político– de la misión de Cristo para deshacer los equívocos que sin duda existían entre los judíos, y acaso también entre los mismos Apóstoles (cf. Mt. 20, 20-24; Marcos 10, 35-41), en cuanto al carácter del «reino» que el Mesías predicaba; pero sin que en todo ello se encuentre implicada una postura frente al derecho. Porque si fuese real la actitud antijurídica –o por lo menos ajurídica– del cristianismo no tendría sentido algún pasaje (por ejemplo, Mateo 17, 24-27), en que el propio Maestro se muestra escrupuloso cumplidor de un precepto humano, aun considerando, como en el texto mencionado, que no se hallaba obligado por el mismo.

[5] Porque el cristianismo viene a implantar una nueva forma de vida, y por ello es forzoso que afecte al derecho, regulador de esta misma vida en lo que tiene de dimensión social. Esto último es algo en lo que conviene insistir. El valor religioso, propiamente, atañe tan sólo a lo estrictamente personal, pues, en definitiva, el problema de la salvación es una cuestión individual: son los individuos, no los grupos, los que tienen que afrontar su destino último y trascendente. Pero este interés primordial por lo individual no autoriza a afirmar un pretendido carácter asocial de la religion ni más concretamente de la cristiana.

modo directo» no pretendió su proyección a otros órdenes que el específicamente moral, «indirectamente» hubo de preocuparse de aquellos aspectos de la vida humana (derecho, política...), en los que se halla comprometida la perfección espiritual del individuo.

La ideología cristiana hubo, pues, de producir impacto en el ordenamiento jurídico romano —el mayoritariamente vigente cuando nace aquélla—, provocando en el mismo una profunda transformación. Pero no es nuestro intento referirnos a esta influencia sobre la normatividad positiva, sobradamente conocida y estudiada, sino la que pudiera manifestarse en las ideas capitales del pensamiento filosófico-jurídico.

Seguramente la más fecunda de estas ideas directrices, y la de mayor trascendencia por afectar al sujeto mismo de toda actividad, es la concepción del hombre, y sin duda también la antropología cristiana ha dado perfiles originales e innovadores a las ideas del pensamiento pagano. Hay un abismo de contenidos de valor entre el sabio, ideal humano de la filosofía antecristiana, y el santo, paradigma del orden cristiano. Pero la distinta posición de uno y otro ante el mundo no se debe a accidentales determinaciones extrínsecas, sino que mana de estructuras de intimidad radicalmente diferentes. Porque el hombre cristiano se sabe elevado a una especial dignidad por encima del cosmos, en virtud de la imagen divina que encarna y como consecuencia de la relación filial que le une con Dios (lo cual, sin embargo, va acompañado de una concepción de la divinidad radicalmente diferente de la imperante en el paganismo grecolatino; el Dios cristiano, infinitamente elevado en sus perfecciones sobre el hombre, criatura suya, está muy lejos de las divinidades del mundo anterior, en continuo trato y comercio —amistoso u hostil— con los humanos).

Por decirlo con una sola palabra, el cristianismo otorga al individuo la condición de *persona*, proyectando hacia su intimidad —*in interiori homini habitat veritas*, dirá San Agustín— la dotación de valores humanos, pues es en esa intimidad, hecha ya sustantiva con la persona, donde se manifiesta la semejanza del hombre con Dios. Pero esa suma dignidad de la persona no sólo la ve el cristiano en sí mismo, sino también en los demás, en quienes igualmente reconoce la impronta de la filiación divina; y de ahí surge el amor fraterno universal, réplica del amor de Dios, que hace del cristianismo una creencia transida de caridad. Es en esta idea donde entendemos que se concreta —además de en el concepto de persona— toda la aportación cristiana a la antropología pagana [6].

[6] Cierto que no es extraña al pensamiento anticristiano —singularmente el estoico— la noción de fraternidad, según se vio anteriormente. Mas la fraternidad estoica tiene un simple origen natural, en cuanto fundada en la comunidad de naturaleza, en tanto que la cristiana reconoce una causa sobrenatural, porque es en la noción de Dios creador y en su paternidad providente donde se halla la razón última de la caridad entre los hombres.

Por consiguiente, el pensamiento cristiano aportó una interesante innovación al concepto del hombre, con todo el cúmulo de repercusiones que ello tiene en la esfera política y en la jurídica, cuyas respectivas instituciones forzosamente hubieron de adaptarse a la nueva ideología. Y creemos que esa aportación tiene signo positivo, pues la «persona» cristiana no anula al «individuo» pagano, sino que se superpone a él, añadiéndole una mayor dignidad.

IV. La introducción de la idea de ley eterna

En la construcción del iusnaturalismo cristiano juega un papel de primera línea la idea de la ley eterna, hasta el punto que no puede entenderse aquél sin dicho concepto; la noción de ley eterna es, por tanto, una aportación básica del cristianismo a la concepción de la ley natural, tal como se entiende por los autores del largo período que va desde SAN Agustín (siglos IV-V) hasta el final de la Escolástica (s. XIV) y que se prolonga en la neoescolástica española del siglo XVI y parte del XVII. Es necesario, pues, detenernos en la explicación de esa idea.

Para el pensamiento cristiano, el Universo procede de la actividad creadora de Dios, pero en el conjunto de las criaturas que lo integran resplandece un orden; se trata de una visión teleológica o finalista del Universo (recuérdese la concepción mecanicista de la naturaleza, estudiada en la **Lección XIX**), en la que todas y cada una de las cosas tienden a su propio fin, fijado por el Creador. Pues bien, a ese principio que preside y da sentido al orden universal es a lo que San Agustín y tras él, la concepción clásica denomina *ley eterna.* Es *ley* porque se trata de un principio ordenador; es *eterna* puesto que es el plan con arreglo al cual Dios realiza la creación y, por lo mismo, tiene necesariamente que existir en la mente divina previamente al acto creador, es decir, *ab aeterno.*

Ciertamente, la noción de una legalidad que preside el cosmos no es exclusiva del cristianismo, encontrándose ya con frecuencia en el pensamiento griego y en el romano; precisamente toda la primera etapa de la filosofía helénica –el pensamiento de los presocráticos– se centra en el esfuerzo de intentar explicar el orden del Universo. Sin embargo, la ley eterna de la concepción cristiana es cosa distinta al vincularse a la idea de creación, que es ajena a la mente del mundo clásico pagano, puesto que fue una aportación hecha a la cultura occidental por el cristianismo, que a su vez la recibió del pensamiento hebreo contenido en las Escrituras. Los griegos –como los romanos– desconocieron el concepto de creación por lo que no pudieron concebir el *lógos* ordenador del universo sino como un principio inserto en las cosas –a la manera, por ejemplo, del *lógos* heraclíteo o tal como se configura en la concepción estoica de la naturaleza–, al que muchas veces se le

reconoce incluso carácter divino, pero cuya explicación y origen no resultan demasiado claros tratándose de un cosmos increado.

En cambio, la idea de ley eterna se perfila en el cristianismo en consonancia con la noción de creación, como se acaba de indicar. Dios no sólo es creador sino también ordenador; todas las cosas son creadas por El dentro del orden universal, es decir, inscribiendo en la estructura ontológica de cada ser unas tendencias o finalidades coherentes con dicho orden [7].

El concepto de ley eterna, tal como acabamos de describirlo, fue formulado por primera vez de modo sistemático dentro del pensamiento cristiano por SAN AGUSTÍN. Este autor ofreció varias definiciones de ley eterna —sólo en *De libero arbitrio* se cuentan tres o cuatro—, pero la más conocida es la que se lee en *Contra Faustum* (XXII, 27): *ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem servari iubens, perturbari vetans* (razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe que se perturbe).

Esta definición —aparte de dar una solución ecléctica al problema del intelectualismo o voluntarismo en la ley (v. **Lección XXVI**)— tiene un marcado carácter estático; lo que preocupa a SAN AGUSTÍN es que se mantenga el orden de la creacion u «orden natural», como él dice, y esa es la función asignada a la ley eterna. Por otra parte, el sentido preceptivo de esta ley queda absolutamente claro, por cuanto «manda» y «prohíbe»: no es, pues, un principio cosmológico, al modo del *lógos* de los griegos, sino una auténtica ley [8].

[7] Más todo esto no debe entenderse en el sentido de que la actividad ordenadora divina es subsiguiente a la acción creadora, como si el orden fuese algo impreso a un universo ya creado o como si sobre ese universo adviniese una legalidad extrínseca a él; al contrario, la legalidad ordenadora que rige el universo —ley eterna— es intrínseca a las cosas mismas, en cuyas esencias se encuentra grabada, pues Dios crea las naturalezas ya legalizadas o insertas en el orden.

[8] Esto último, sin embargo, plantea un serio problema. Si la ley eterna es efectivamente preceptiva, sus mandatos y prohibiciones no pueden dirigirse sino al hombre con lo que parece que se confía a este la misión de conservar el orden universal, lo cual quiere decir, a *sensu contrario*, que cabe dentro de su actuación libre la posibilidad de alterar, de romper ese orden; pero, si eso es así, ¿dónde queda la acción divina gobernadora del mundo?

LECCION XXV

EL IUSNATURALISMO CRISTIANO HASTA EL SIGLO XIII

I. El supuesto iusnaturalismo de San Pablo

Después de los cuatro Evangelios, las *Epístolas* paulinas son los documentos en que de modo más manifiesto y auténtico se contiene el núcleo de la enseñanza de Cristo. Pero las *Cartas* de San Pablo tienen también un interés filosófico por cuanto que en muchos de sus pasajes el Apóstol de las gentes dejó entrever su no pequeño conocimiento del pensamiento griego, cuyas concepciones aprovecha en ocasiones para sus construcciones teológicas y filosóficas, como antes señalábamos.

La primera alusión a la idea de la ley natural en el pensamiento cristiano es la que hace San Pablo en el capítulo II de la *Epístola a los Romanos*, versículos 14 y 15, que Truyol considera como «la carta magna del iusnaturalismo cristiano», es decir, su momento fundacional o punto de arranque. El pasaje en cuestión dice así: «Pues cuando los gentiles, que no tienen ley, guiados por la naturaleza obran los dictámenes de la ley, éstos, sin tener ley, para sí mismos son ley; como quienes muestran tener la obra de la ley escrita en sus corazones, por cuanto su conciencia da juntamente testimonio y sus pensamientos, litigando unos con otros, ora acusan, ora también defienden» (versión de J. M. Bover, S. J.).

Como es sabido, San Pablo, después de unas iniciales experiencias apostólicas entre los judíos, de la mano de San Bernabé, decidió dirigir su atención a la evangelización de los gentiles, para quienes halló siempre más disculpa que para aquéllos, puesto que no conocían la ley de Dios. Con esta afirmación comienza el pasaje transcrito: los gentiles «no tienen ley», a ellos no ha llegado la Revelación ni, por consiguiente, conocen los preceptos mosaicos, a pesar de lo cual pueden también llegar a cumplir la voluntad divina siguiendo los dictámenes de aquella ley cuando actúan «guiados por la natu-

raleza». En la naturaleza está, pues, inscrita la misma ley que Dios quiso revelar a través, primero, del Decálogo y, después, del Evangelio. Por eso puede decir SAN PABLO, con expresión elegante, que los gentiles —como todos los hombres, puesto que habla de «naturaleza»— «para sí mismos son ley», insistiendo en la idea al afirmar que «muestran tener la obra de la ley escrita en sus corazones».

Es indudable que SAN PABLO cree en una ley *natural*, en cuanto que deriva de la naturaleza, y en ello debió de tener presente el precedente estoico. Pero no es menos cierto que se trata de una ley *moral* natural, pues es la que suple, en los gentiles, la falta de conocimiento de la ley mosaica, y ésta —comprendida en el Decálogo— no fue nunca una ley que pretendiera una regulación de la convivencia social; o, en todo caso, lo fue sólo para un pueblo concreto, el pueblo de Israel. SAN PABLO nos ofrece, por tanto, el primer ejemplo de esa corriente, que más arriba se aludió, en la que la noción de ley natural no responde exactamente al auténtico concepto de iusnaturalismo.

II. LA PATRÍSTICA, BAJO LA INFLUENCIA PAULINA

Los primeros siglos de la existencia del cristianismo sometieron a éste a duras pruebas. Balbuciente aún la construcción sistemática del dogma, los pensadores cristianos hubieron de enfrentarse con movimientos heréticos —algunos de la importancia y extensión del gnosticismo, el maniqueísmo, el arrianismo, el monofisismo y el monotelismo— y cismáticos —como el Novaciano o el de los donatistas—, que, junto con las constantes y cruentas persecuciones, pusieron a prueba la vitalidad de la nueva doctrina. La tarea más urgente fue, por tanto, la apologética, y todo el vigor intelectual del cristianismo hubo de enfocarse en ese sentido polémico y de defensa, por lo que una gran parte de los escritos de los Padres de la Iglesia está dedicada a la refutación de las desviaciones doctrinales.

No es de extrañar, por consiguiente, que la literatura patrística no ofrezca una línea de continuidad, ni pueda hallarse en ella un tratamiento sistemático de las cuestiones, puesto que sus manifestaciones —por otra parte muy abundantes— tienen el carácter ocasional y de temática quebradiza que les da el tener que acudir a combatir el error allí donde se presente.

Con lo anterior queda dicho que el problema del derecho natural no recibe en la Patrística un tratamiento continuado ni sistemático, sin que se den demasiadas aportaciones nuevas, pues, por lo general, los autores se limitan a ofrecer una exégesis de la concepción paulina, afirmandola existencia de una ley inserta en la naturaleza humana por su Creador, con el mismo alcance de ley moral que hemos visto en el Apóstol de las gentes.

Sin entrar en detalles, nos limitaremos a afirmar que, como particulari-

dades más notables de las concepciones patrísticas, pueden señalarse estas dos: en primer lugar, una identidad entre la ley natural y Decálogo; si Dios ha manifestado su ley en los preceptos dados a Moisés, esos mismos preceptos serán los que ha puesto en la conciencia del hombre al crearlo, pues pensar otra cosa implicaría una contradicción en la Divinidad, entre un Dios creador y un Dios legislador. La segunda nota de carácter general en la doctrina patrística está en la distinción –que se ofrece en algunos autores, como San Ireneo y San Ambrosio– entre un derecho natural primario y otro secundario; el primero correspondería al hombre en el estado anterior a la caída, mientras que el secundario es el propio de la naturaleza humana después del pecado y que tiene una misión correctora de las consecuencias de la falta, por lo que en el mismo se contienen las instituciones de carácter coactivo que no se dan en el primario, por cuanto el hombre en estado de inocencia no precisaba de la coacción para obrar el bien.

A pesar de que, como hemos indicado, el pensamiento patrístico sigue, en general, las huellas de San Juan Crisóstomo (citado por Rommen): «Decidme, ¿de dónde han tomado los legisladores los preceptos relativos al matrimonio, al homicidio, a los testamentos, a los depósitos, a la prohibición de beneficiarse unos a expensas de otros y a las normas concernientes a una infinidad de cosas diversas? Seguramente, de la tradición. Pero si nos remontamos más lejos, llegaremos en último análisis a la conciencia. Es claro que los legisladors establecen sus leyes sobre la base de la regla que Dios ha dado al hombre al crearlo. Es a esta ley fundamental a la que deben su origen los Tribunales y el derecho penal».

En general, el tema iusnaturalista –presente siempre en el pensamiento clásico– sigue siendo substancialmente el mismo cuando encuentra acomodo en la ideología cristiana: se trata de una invocación a ciertos principios inmutables que constituyen el último fundamento del obrar humano; pero lo que cambia es la significación de la idea, en cuanto que se da entrada a un nuevo factor, que estriba en el carácter de la Divinidad en que cree la nueva religiosidad. En todas las manifestaciones cristianas de la idea iusnaturalista hasta San Agustín, ésta se hace depender de Dios, con lo que el derecho natural halla el fundamento más firme que puede darse: el teológico.

Esta conexión del derecho natural con Dios se manifiesta al principio de un modo indirecto, concibiendo la norma suprema de la moralidad como unos principios yacentes en la naturaleza humana, pero entendida ésta como salida de las manos divinas, y aún más, elevada y redimida por el Verbo encarnado. Esta es, por ejemplo, la postura de San Pablo y, en general, del pensamiento de los dos primeros siglos. Ya en San Agustín, como en seguida veremos, la doctrina se sistematiza, y entonces la ley natural se vincula con la mente divina a través de la ley eterna. Esta fundamentación de la ley natural en Dios, característica del cristianismo, no se encuentra en el pensamiento

anterior. Ni en la versión estoica, porque en toda concepción panteísta se produce una despersonalización de la Divinidad; ni tampoco en aquellas apelaciones a normas establecidas por los dioses y que, por ello, han de tener prevalencia sobre los mandatos humanos, porque entonces desaparece el iusnaturalismo para situarnos simplemente en un positivismo teónomo.

Ahora bien: el derecho natural de este primer período que consideramos tiene un cierto tinte patético y una restricción al mundo cristiano. El *pesimismo antropológico*, que ve en el hombre una naturaleza caída, aparece muy marcada y persistentemente en casi todos los autores de la época, hasta SAN AGUSTÍN. Por razón del pecado, el hombre se siente inclinado hacia el mal, y el derecho natural tiene entonces una función correctora de esta proclividad maligna, sin que por ello deje de reconocerse una especie de derecho natural primario, que correspondería a la naturaleza anterior a la caída, como anteriormente apuntamos. Por otra parte, al querer vincular la ley natural a Dios, se entiende que es el Dios verdadero, esto es, el del Antiguo Testamento y del cristianismo; sólo, pues, quien crea en ese Dios podrá conocer los preceptos rectores de la vida moral, y por ello es frecuente —SAN JUSTINO, CLEMENTE DE ALEJANDRÍA, TERTULIANO...— la identificación de la ley natural con el Decálogo, con la consiguiente limitación del derecho natural al cristianismo; postura ésta que desdibuja una auténtica tesis iusnaturalista puesto que compromete la nota de universalidad tan característica de todo derecho natural: no será éste una preceptuación para todos los hombres, sino sólo para los cristianos.

III. SAN AGUSTÍN

El más importante, con mucho, de los Padres occidentales es SAN AGUSTÍN (354-430), en quien culmina y en el que acaba también propiamente la Patrística, terminando asimismo con su gigantesca figura el mundo clásico.

La teoría de la ley natural de SAN AGUSTÍN no puede exponerse aisladamente, sino ensamblada en la doctrina general de la ley, que él traza por primera vez de modo pleno en el pensamiento cristiano; en ella se nos aparece la ley natural íntimamente conectada con la ley eterna, por un lado, y con la ley positiva, por el otro, constituyendo esta trilogía de leyes un conjunto coherente.

De su concepto de *ley eterna* ya dimos cuenta en la lección anterior y partiendo de ella es como elabora SAN AGUSTÍN la idea de la *ley natural:* si la ley eterna ha sido impresa por Dios en las cosas, se hallará también en la naturaleza humana, que es una naturaleza racional y, por ello, capaz de descubrir en sí misma la presencia de la ley eterna. Esta es la idea expresada en su definición de ley natural: *ipsius legis aeternae atque adeo summae et incommu-*

tabilis rationis divinae in mentibus hominis facta transcriptio (la transcripción hecha en la mente humana de la misma ley eterna y, por tanto, de la suprema e inmutable razón divina). Con arreglo a esta tesis, la ley natural no es, pues, algo esencialmente distinto de la ley eterna, sino ésta misma en cuanto afectante al hombre que, por su condición de racional, es capaz de conocerla y dar cuenta de su presencia en la propia naturaleza humana.

El iusnaturalismo agustiniano, aún cuando recoge e incorpora no poco de la tradición estoica, remoza y refuerza la noción de ley natural al prestarle un fundamento teológico. Y no sólo eso, sino que la construcción de SAN AGUSTÍN resulta tan fecunda que de ella van a ser tributarias, de un modo u otro, todas las doctrinas iusnaturalistas medievales.

Sin embargo, es oportuna la observación de Guido FASSÒ acerca de la evolución del pensamiento agustiniano respecto del iusnaturalismo. Distingue este autor dos etapas, separadas entre sí por la polémica mantenida por SAN AGUSTÍN con su contemporáneo PELAGIO [1].

El grave ataque que las tesis de PELAGIO significaban para el cristianismo llevó a SAN AGUSTÍN a ejercer una viva réplica, en la que puso tanto énfasis que transitó hacia posiciones igualmente extremas pero de sentido contrario. El pecado original se halla presente en todos los hombres, lo que hace que la naturaleza humana esté degradada, hasta el punto de que el libre arbitrio apenas si puede nada sin la ayuda de la Gracia, con lo que el obispo de Hipona se sitúa en posturas muy cercanas a la doctrina de la predestinación.

Pero esta actitud tiene su reflejo en la concepción iusnaturalista, pues SAN AGUSTÍN teme que la afirmación de que la naturaleza humana es el fundamento y fuente de una ley rectora del obrar del hombre puede conducir a las tesis pelagianas, por lo que se ve obligado a reforzar su voluntarismo para subrayar el dominio y prevalencia de la voluntad de Dios en orden a dar al hombre una norma de acción. Hasta el punto de que, como observa FASSÒ, mientras antes de la controversia con PELAGIO se muestra SAN AGUSTÍN decidido partidario de una ley natural en el sentido que antes se indicó, en las obras posteriores a la polémica manifiesta un alejamiento del iusnaturalismo.

La teoría de la ley se cierra en SAN AGUSTÍN con la *positiva*, que, como las otras dos, se vincula a Dios, aunque de modo mediato; así como El es el autor de la ley eterna y, a su vez, la natural es manifestación de aquélla en el hombre, las normas positivas han de estar fundamentadas en la ley natural. Hasta tal punto, que una ley sólo lo será auténticamente si se deriva de la ley

[1] Era PELAGIO un monje bretón que dio origen a una herejía, el pelagianismo, que sostenía que el pecado de Adán fue un pecado puramente personal y que, por tanto, no se transmite a la Humanidad; no hay, pues, un pecado original, la naturaleza humana no está corrompida y es capaz de salvarse por sus propios actos, haciéndose, por tanto, innecesario el concurso de la Gracia divina y quedando, en suma, como inútiles la encarnación de Cristo y la Redención.

natural, pues *non videteur esse lex quae iusta non fuerit* (no hay ley que no sea justa), de suerte que cuando un precepto dado por una autoridad humana no evidencia esa conexión con la legalidad natural, carece de la condición de ley y, por tanto, no obliga. La misión del legislador, al promulgar sus normas, no estriba sino en prohibir todo aquello que «perturbe el orden natural» (recuérdese la definición de ley eterna) y ordenar, en cambio, toda conducta que favorezca dicho orden.

V. San Isidoro

San Isidoro (556/560–636), a pesar del trabajo inherente al gobierno de la diócesis hispalense, a pesar también de su gran actividad asistiendo a varios de los Concilios celebrados en España durante su vida, supo encontrar tiempo para legarnos una abundante producción literaria, fruto de su vasta cultura: puede decirse sin exageración que abarcó y poseyó todo el saber de su tiempo, que dejó recopilado en los veinte libros de su más importante y conocida obra: los *Orígenes* o *Etimologías*.

Si en toda la producción isidoriana se aprecia un fuerte influjo del pensamiento romano, ello es todavía más evidente en el libro V de las *Etimologías*, en el que aborda las materias jurídicas. Después de puntualizar los conceptos de *ius, lex, mos* y *consuetudo*, establece la división del derecho ofreciendo la clasificación trimembre, típicamente ormana, en derecho natural, civil y de gentes: *Ius, aut naturale est, aut civile, aut gentium.* Y los conceptos que ofrece de cada uno de ellos evocan, igualmente, el precedente romano. Derecho civil es «el que cada pueblo o ciudad se da a sí mismo por razones humanas y divinas» (*quod quisque populus vel civitas sibi proprium humana divinaque causa constituit*). El derecho natural es aquel «común a todas las naciones y que en todas partes es observado por instinto natural, y no porque se haya establecido de modo alguno» (*commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturale, non constitutione aliqua habetur*), proponiendo a continuación algunos ejemplos de materias reguladas por tal derecho: la unión del varón y de la mujer, la procreación y educación de los hijos, la posesión de todas las cosas comunes, la libertad de todos, la apropiación de cuanto se cace en el cielo, la tierra o el mar, la restitución de lo depositado o dado en préstamo y la repulsión de la fuerza con la fuerza. Y concluye: «Pues todo esto, u otras cosas similares, nunca es considerado injusto, sino natural y equitativo» (*nam hoc, aut si quid huic simile est, nunquam iniustum, sed naturale aequumque habetur*).

Las concepciones de Gayo y Paulo están, sin duda, presentes en la mente de San Isidoro cuando ofrece este concepto de derecho natural. De Gayo –aunque este jurista, como sabemos, no mencionaba el *ius naturale*, si-

no que hablaba únicamente de un *ius gentium*– recibe la noción de universalidad del derecho natural: éste es para el hispalense *commune omnium nationum* como el derecho de gentes existe para el autor romano *inter omnes homines*; y lo mismo que GAYO invocaba como fuente la *naturalis ratio*, SAN ISIDORO advierte que el derecho natural rige en todas partes *instinctu naturae*. De PAULO toma la idea de que el derecho natural posee una justicia intrínseca, pues la afirmación que hace al final del pasaje de que tal derecho *naturale aequumque habetur*, trae a la memoria inevitablemente la definición paulina: *ius naturale est quod semper aequum et bonum est*.

En cuanto al derecho de gentes, SAN ISIDORO no da propiamente una definición, limitándose a señalar, *ad exemplum*, una serie de materias reguladas por el mismo –la ocupación de ciudades, la edificación, la fortificación, las guerras, el cautiverio, la esclavitud, la repatriación, las alianzas, los tratados de paz, las treguas, la inviolabilidad de los legados, la prohibición de nupcias entre extranjeros–; añadiendo al final un dato etimológico tan del gusto de nuestro autor: el *ius gentium*, se llama así porque *eo iure omnes fere gentes utuntur* (de este derecho usan casi todos los pueblos). Y es precisamente en este último inciso donde se evidencia que SAN ISIDORO distinguió con toda precisión entre el derecho natural y el de gentes, nociones que, en cambio, con frecuencia aparecen confundidas y superpuestas en la doctrina romana. Porque no sólo difieren ambos derechos por razón de su ámbito material (relaciones entre particulares en el derecho natural y relaciones entre pueblos en el de gentes, como claramente se advierte en los ejemplos que pone de materias reguladas por uno y otro), sino también por razón de su extensión, pues mientras el derecho natural ostenta una clara universalidad, ésta quiebra en el derecho de gentes al introducir –rectificando a GAYO– el adverbio *fere:* el *ius gentium* no será, como quería el autor romano, aquel que es observado por *todos* los pueblos, sino aquel de que usan *casi* todos los pueblos.

LECCION XXVI

EL IUSNATURALISMO ESCOLASTICO

I. Santo Tomás de Aquino

El más destacado y conocido pensador medieval es, sin duda, Santo Tomás, (1225-1274), cuya figura no sólo reviste especial importancia en el campo del pensamiento en general –por haber construido el primer «sistema» filosófico–, sino también en el terreno iusnaturalista, pues él es también el primero que articula una doctrina completa acerca de la ley natural.

Con él llega a su apogeo la Escolástica, una filosofía iniciada en el siglo anterior –el XII– y que en el siguiente –el XIV– entra en una etapa de decadencia, si bien posteriormente, en el XVI conocerá nuevas décadas de vigencia; hoy mismo se cultiva bajo el nombre de *neoescolástica*, de modo que constituye una dirección filosófica de larga tradición si bien no continua en el tiempo. En cualquier caso, resulta claro que, como afirma Ferrater, la filosofía escolástica «constituye el ingrediente filosófico más importante de la Edad Media».

Dentro de este pensamiento, las aportaciones de Santo Tomás son tan extensas e importantes que han dado lugar a una dirección propia y personal, el *tomismo*, de tal vigor que a veces se emplea esta palabra para designar, sin más, a la escolástica.

II. Concepto y contenido de la ley natural

1. Concepto

Santo Tomás conserva la estructura trimembre de la doctrina de la ley que estableciera San Agustín, por lo que parte, como éste, del concepto de

ley eterna, en el que recoge básicamente la noción agustiniana, asignando a dicha ley la función gobernadora del orden universal.

La línea argumental para llegar al concepto de *ley natural* es, en el Aquinatense, básicamente la misma que en SAN AGUSTÍN. La ley eterna afecta a las criaturas, pero opera sobre los seres según la peculiar naturaleza de cada uno y, cuando del hombre se trata, su naturaleza racional y libre hace que aquella ley se aplique a él en consonancia con esa doble condición. Dicho de otro modo: siendo la ley eterna un principio ordenador que imprime en las cosas unos fines y tendencias de acuerdo con el orden universal, al manifestarse en el hombre imprimirá en su naturaleza, igualmente, unos fines y tendencias, mas con la diferencia de que éste, por ser racional, los conoce como grabados en su propia estructura ontológica.

Por ello, mientras los seres no humanos cumplen la ley eterna de un modo fatal y rigurosamente necesario (recuérdese la inexorabilidad con que se cumplen las leyes físicas, químicas, biológicas, etc., que no son sino manifestaciones de la ley eterna), el hombre, en cambio, por virtud de su racionalidad y ibertad, lejos de tener frente a la ley eterna una actitud ciegamente pasiva, adopta ante ella una posición activa que SANTO TOMÁS concreta en el concepto de *participatio:* porque conoce la ley eterna, el hombre «participa» de ella activamente, siendo esa participación precisamente lo que para él constituye la ley natural, que define como *participatio legis aeternae in rationale creatura* (participación de la ley eterna en la criatura racional).

2. Contenido

El tema del *contenido de la ley natural* en la construcción tomista puede contemplarse desde un doble punto de vista: el cuantitativo —mayor o menor número de preceptos que comprende—, y el cualitativo —carácter de esos preceptos.

En el primer aspecto, SANTO TOMÁS llega a la determinación de los preceptos de dicha ley a partir de la naturaleza humana, en la que, dice, se descubren unas tendencias básicas, a las que lógicamente deben adecuarse los mandatos y prohibiciones de la ley natural, pues sería incongruente que los preceptos de la misma contrariasen dichas inclinaciones naturales; para determinar, por consiguiente, las normas de la ley natural no habrá sino considerar estas tendencias fundamentales y deducir de cada una de ellas los preceptos correspondientes. Son las tres siguientes:

a) Tendencia a la conservación del propio ser, que el hombre comparte con todas las criaturas, «pues todos los seres apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza». De esta tendencia se deduce —añade SANTO TOMÁS— que «pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contri-

buyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos»; habría que mencionar aquí, por ejemplo, el precepto que ordena conservar la vida o el que prohíbe el homicidio.

b) Tendencia a la conservación de la especie, la cual ya no se da en todos los seres, sino únicamente en los vivos. De esta inclinación se deducen todos los preceptos relativos a la procreación y a las relaciones familiares.

c) Tendencia a conocer la verdad y a vivir en sociedad, inclinación que ya no comparte el hombre con ningún otro ser puesto que es específica suya, de acuerdo con su naturaleza racional y social. De esta inclinación se desprenden todos aquellos preceptos relativos a la perfección intelectual del hombre y a sus relaciones dentro del ámbito de la comunidad, en lo que se refiere a las conexiones entre la autoridad y los súbditos [1].

3. Carácter de los preceptos de la ley natural

Junto al tema del contenido cuantitativo de la ley natural aparece el del carácter que tienen sus preceptos, materia tratada muy minuciosamente por Santo Tomás. Hay que partir de la distinción entre el entendimiento especulativo y el entendimiento práctico, o mejor, de los dos diferentes modos —especulativo y práctico— como la razón humana opera en la investigación de la verdad [2].

Tanto en el orden especulativo como en el práctico, la razón opera de la misma manera: apoyándose en el principio respectivo, extrae de él unas conclusiones inmediatas que a su vez le sirven para, desde ellas, obtener nuevas conclusiones, de las que se derivan otras, etc., siempre en un sentido que podríamos llamar descendente. En cada escalón o grado de conclusiones debe atenderse a la *veracidad* y a la *evidencia.* En el proceso deductivo del entendimiento especulativo, la verdad contenida en el principio de contradicción —de carácter axiomático— se va transmitiendo a las sucesivas conclusiones

[1] La solución tomista arroja, como se ve, un núcleo ponderado de preceptos. Por otra parte, no se trata de un elenco o repertorio cerrado, pues deduciéndose los preceptos del análisis de las tendencias de la naturaleza humana, un mejor y más profundo conocimiento de la misma permitirá deducir nuevos preceptos; el propio Santo Tomás, al mencionar ejemplos en cada una de las inclinaciones, deja abierta la lista con expresiones como «y otros semejantes», «tales como», etc.

[2] El entendimiento especulativo busca la verdad por sí misma, es decir, con una finalidad puramente teórica, mientras que el práctico busca la verdad para aplicarla a las acciones humanas, esto es, con una intención pragmática. La idea central del entendimiento especulativo es la idea de ser y su principio supremo es el llamado principio de contradicción, conforme al cual «uno cosa no puede ser y no ser a la vez y bajo el mismo aspecto»; todo razonamiento humano se basa, de modo inmediato o mediato, en tal principio, que resulta ser así el fundamento último de toda la función especulativa del hombre. El entendimiento práctico gira en torno a la idea de bien —correlativa, en este orden, a la de ser, en el teórico—, siendo su principio supremo el que reza «hay que hacer el bien y evitar el mal».

obtenidas; la veracidad se mantiene, por tanto, siempre. Por el contrario, la evidencia —es decir, la claridad con que una proposición se manifiesta ante la razón suscitando su adhesión— va disminuyendo en los sucesivos momentos del proceso, a medida que las verdades obtenidas van estando más alejadas del principio supremo. En la actuación del entendimiento práctico no sólo es también menor la evidencia de las conclusiones extraídas sucesivamente (por la misma razón que se da en el especulativo), sino que asimismo puede, en algún grado, fallar la veracidad de la conclusión obtenida. [3]

El entendimiento práctico, por consiguiente, opera de modo mucho menos rígido, de manera más flexible que el especulativó, por la simple razón de que su área de acción es la zona de lo contingente, de tal suerte que a su proceso deductivo le afecta con bastante menor rigor la necesidad lógica que preside, en cambio, la construcción de las ciencias especulativas.

Teniendo en cuenta que la ley natural pertenece al orden práctico, habrá de serle aplicable cuanto se ha dicho de éste. Y así, hay que distinguir en ella: unos preceptos *primarios*, que son conclusiones obtenidas a partir del principio supremo y que son evidentes para todos y verdaderos en todas las circunstancias; unos preceptos *secundarios*, extraídos de los anteriores, pero en los que ya puede fallar tanto su evidencia como su veracidad, si bien, al estar todavía muy próximos a la fuente originaria, tal fallo se producirá en escasos supuestos; unos preceptos que podríamos llamar *terciarios*, o de tercer orden, obtenidos a partir de los secundarios, que ya no están al alcance de la mayoría —su veracidad y, sobre todo, su evidencia son mínimas—, ya que tales conclusiones exigen una mayor complejidad racional o, como dice SANTO TOMÁS, sólo se obtienen «después de atenta consideración de los sabios», y requieren «una gran ponderación de las diversas circunstancias, la apreciación de las cuales no está al alcance de cualquiera, sino de los hombres ilustrados».

Claro está que la razón podrá aplicarse a los últimos preceptos naturales obtenidos para extraer de los mismos nuevas conclusiones sucesivas, pero éstas constituirán ya derecho positivo, cuyos preceptos se orientarán en uno

[3] Todo esto puede comprenderse con facilidad si comprobamos lo que sucede, por ejemplo, en la matemática (saber especulativo) y en la medicina (ciencia práctica). La matemática se va construyendo de modo progresivo, pasando de unos postulados a otros deducidos de los anteriores; naturalmente, cuanto más se avanza en esa línea se encuentran conclusiones cada vez más complejas —menos evidentes—, que exigen al sujeto un esfuerzo de comprensión creciente, pudiendo llegar a un punto (distinto en cada sujeto según su agudeza intelectiva) en que la deducción extraída ya no es captada o entendida por la razón, aun siendo verdadera, pues ya sabemos que en este orden especulativo la veracidad se transmite siempre. En la medicina, en cambio, puede ocurrir que se haya llegado a una proposición que diga «tal remedio es bueno para quien padezca esta enfermedad» y que, sin embargo, no sea verdad la deducción «luego debe aplicarse a esta persona, que padece esa enfermedad», cuando en el enfermo se den ciertas circunstancias que desaconsejen la aplicación del remedio.

u otro sentido según lo que demanden las circunstancias particulares de las diferentes sociedades humanas; precisamente esa adaptación a las circunstancias es lo que caracteriza la actividad del entendimiento práctico. Por esa razón es explicable que los diversos ordenamientos jurídicos, aún siendo conclusiones próximas de los preceptos naturales, tengan, sin embargo, distintos contenidos materiales.

III. Universalidad e inmutabilidad de la ley natural

Cuando Santo Tomás define la ley natural, según vimos, como la participación de la ley eterna en la criatura racional, está aludiendo, en las últimas palabras, a la *naturaleza humana.* Ahora bien, ésta es una para todos los hombres, luego una habrá de ser también la ley natural, que ostentará, por consiguiente, la nota de la *unidad.* Pero ello equivale a afirmar que tal ley es la misma en todo tiempo y en todo lugar. La referencia a estos dos aspectos –el espacial y el temporal– da origen a dos propiedades en las que se especifica la nota de la unidad; la *universalidad,* o unidad en el espacio, y la *inmutabilidad* o unidad en el tiempo. De ambas se ocupa el Aquinatense.

Para tratar la nota de la *universalidad,* Santo Tomás utiliza la distinción, que ya conocemos, entre preceptos primarios y secundarios, por razón del grado de su veracidad y evidencia. Los preceptos primarios tienen, por así decirlo, una generalidad absoluta, es decir, tienen vigencia sin excepción para todos los hombres de cualquier lugar, y ello por razón de que, estando muy próximos al punto de origen del proceso deductivo, es muy elevado el grado tanto de veracidad como de evidencia de los mismos. En cambio, los preceptos secundarios, al estar situados en un nivel inferior, puede ya en ellos darse un fallo en la veracidad o en la evidencia, por lo que su universalidad es solamente relativa, si bien su vigencia se da en la mayoría de los casos, siendo excepción –y pequeña– la de algún pueblo que desconozca este o aquel precepto secundario. Evidentemente, la universalidad disminuirá aún más –serán más posibles y frecuentes las excepciones a la misma– tratándose de los preceptos que hemos llamados de tercer grado.

La nota de la *inmutabilidad* hace referencia, según antes se señaló, a la unidad de la ley natural en el tiempo. El problema se plantea así: ¿puede la ley natural cambiar en algunos de sus preceptos, o, por el contrario, es siempre una y la misma? Una vez más va a recurrir Santo Tomás, a la distinción entre preceptos primarios y secundarios para dar respuesta a la pregunta.

Comienza por considerar dos posibles formas de mutación: por *adición* –añadiendo a la ley natural algún nuevo precepto– y por *sustracción* –dejando de ser de ley natural algo que antes lo era–. La primera forma de mudanza la considera siempre posible, pues, como apuntamos antes, al definir

el Aquinate los preceptos a partir de las inclinaciones de la naturaleza humana, deja abierta la lista a posibles nuevos preceptos que vengan a integrarse en la ley natural. En cuanto a la mutación por sustracción, la niega de modo absoluto por lo que toca a los preceptos primarios, admitiéndola únicamente respecto de los secundarios, aunque con el mismo sentido restrictivo que hemos visto al tratar de la universalidad: sólo en algunos supuestos particulares y en pocos casos (*in paucioribus*), pues en la mayoría (*in pluribus*) persiste inmutable aun en dichos preceptos secundarios. Como ejemplo de alguno de esos pocos casos propone el conocido del depósito, ya mencionado en el pensamiento romano y que antes había sido planteado por PLATÓN en la *República:* es de ley natural que se devuelvan las cosas depositadas cuando las reclama el dueño, pero evidentemente no rige el precepto cuando se sabe que aquél va a utilizarlas de modo que ponga en peligro el bien común, como en el supuesto de que el objeto depositado sea una espada y la reclame el propietario en un estado de enajenación.

IV. LA ESCOLÁSTICA FRANCISCANA

Cuando, en 1209, San Francisco de Asís funda su orden, aspira a inculcar a sus discípulos una religiosidad centrada en la sencillez y en la pobreza, sin pensar en una dimensión intelectual. Sin embargo, por una serie de circunstancias, los franciscanos acabaron por dedicarse intensamente al estudio y a la enseñanza, regentando cátedras en Oxford y París. Universidad ésta en la que también profesaban los dominicos; y si bien en un principio hubo concordia doctrinal entre ambas órdenes, antes ya de terminar el siglo XIII se manifestó una rivalidad creciente que llevó a los franciscanos a posiciones críticas —y no pocas veces contrarias— a las tesis tomistas. Las discrepancias eran, por lo demás, inevitables, supuesto que unos y otros cimentaron sus respectivas filosofías sobre puntos de partida esencialmente diversos; mientras el tomismo se basa fundamentalmente en ARISTÓTELES, el franciscanismo opta por la tradición platónico-agustiniana. Esta difrente inspiración llevará a ambas escuelas a conclusiones muy distintas en no pocos temas, y de modo especial, por lo que a nosotros nos importa, en el problema del intelectualismo o voluntarismo de la ley.

V. INTELECTUALISMO O VOLUNTARISMO EN LA LEY

El problema del intelectualismo o voluntarismo en la ley no se plantea en esa época por primera ni única vez, pero sí se manifestó entonces de modo especialmente tenso, razón por la que lo abordamos en este momento.

No se trata, como pudiera pensarse, de un simple problema teórico, de un mero divertimento dialéctico a que se entregaron los pensadores del siglo XIV; la cuestión es trascendente también en el orden práctico, ya que de la actitud que se adopte dependerá la suerte que corra la legalidad –toda legalidad, tanto la positiva como la natural– y el concepto mismo de ley en general.

Comencemos por decir que intelectualismo y voluntarismo son posturas que han aparecido alternativamente en las diversas ramas de la filosofía; no son, pues, actitudes privativas de la filosofía jurídica. En términos generales, entiéndase por intelectualismo la doctrina que considera que el entendimiento ostenta en la actividad humana (y, en su caso, divina) una preeminencia sobre cualquier otra potencia y, singularmente, sobre la voluntad; el voluntarismo, al contrario, afirma el primado de la voluntad sobre las demás facultades y, específicamente, sobre el entendimiento.

Trasladando el tema a la ley, el problema se plantea en estos términos: cuando el legislador crea la norma, mandando determinados actos y prohibiendo otros, ¿dicta sus disposiciones –tesis intelectualista– porque conoce la bondad y malicia respectiva de unos y otros actos, prescribiendo en consecuencia los primeros y prohibiendo los segundos? ¿O bien los mandatos y prohibiciones los dicta libérrimamente, según su voluntad, como quiere la teoría voluntarista, resultando entonces que los actos son buenos o malos según que, respectivamente, hayan sido mandados o prohibidos?

La primera de etas posiciones se expresaría sintéticamente así: *praeceptum quia bonum, prohibitum quia malum*, esto es, lo que se manda, se manda porque es bueno, y lo que se prohíbe, se veda porque es malo; lo cual implica que la honestidad o torpeza son cualidades objetivas que los actos poseen en sí mismos. La actitud voluntarista, por el contrario, queda encerrada en esta fórmula: *bonum quia praeceptum, malum quia prohibitum*, o, lo que es lo mismo, un acto resulta ser bueno porque está mandado y malo, en cambio, cuando se prohíbe; ello equivale a afirmar que los actos no son en sí buenos ni malos, sino que tales cualidades les advienen por el simple hecho de ser, respectivamente, imperados o prohibidos por la ley.

Obsérvese que este tema, como antes decíamos, no es una pura elucubración teórica, sino que ofrece unas dimensiones prácticas muy acusadas. En efecto, la posición intelectualista conduce al resultado de que el legislados, al elaborar la norma, ve su actividad condicionada, predeterminada por la índole de las conductas, pues necesariamente –si ha de obrar con honestidad– habrá de prescribir las que sean buenas y prohibir las contrarias. En cambio, si nos situamos en una plataforma voluntarista, el grado de libertad del legislador aumenta notablemente al no estar coartada su función legislativa por el carácter ético de las conductas sobre las que opera, puesto que tal condición ética es en principio indiferente.

Los efectos sobre el orden ético-jurídico de la comunidad son distintos en una y otra posición. En la intelectualista, las normas responden a una estructura ética previa –advertida en las conductas– que reconocen y a la que se ajustan y atemperan, de modo que el derecho se configura de acuerdo con dicha estructura. Por el contrario, partiendo de la postura voluntarista, la función del derecho no sólo es la de crear un orden jurídico, sino además la de instaurar un orden ético, ya que, al mandar o prohibir las conductas, las erige, respectivamente, en buenas y malas.

Las razones argumentales esgrimidas para justificar una u otra teoría son las siguientes. Los intelectualistas consideran que la norma es, ante todo, una construcción racional y que pretender fundamentarla en la voluntad de quien la dicta (crítica al voluntarismo) es abrir la puerta a toda suerte de arbitrariedades, pues el derecho se resolvería en el puro capricho del legislador –*lex est quod principi placet*–, resultado al que no puede llegarse cuando quien hace la ley tiene que someterse a una realidad objetiva que le muestra lo que *per se* es bueno o malo. En una palabra, para los intelectualistas, el voluntarismo conduce inevitablemente a la *tiranía*.

Por su parte, los defensores del voluntarismo arguyen que lo que realmente caracteriza a la norma es el mandato o *imperium* que en ella se contiene; pero siendo el *imperare* un acto propio de la voluntad es evidente la primacía de ésta en la constitución de la ley. Un precepto puramente racional (crítica del intelectualismo) deja de ser precepto al carecer de *imperium*, para convertirse en una mera construcción intelectual, todo lo perfecta que se quiera, pero incapaz de vincular las voluntades de los súbditos, como carece de poder de obligar, por ejemplo, un postulado matemático. Desde el punto de vista voluntarista, en conclusión, el intelectualismo se resuelve en carencia de normas, es decir, desemboca en la *anarquía*.

Indudablemente, los riesgos que implican una y otra tendencia postulan una solución intermedia, que fue la patrocinada posteriormente por SUÁREZ, para quien la ley, en cuanto que es preceptiva, debe proceder, por supuesto, de la voluntad del legislador; pero, al propio tiempo, esta voluntad quiere lo que el entendimiento ha juzgado respecto de la bondad o malicia de los actos. Esta solución *raciovoluntarista*, que SUÁREZ aplica tanto a la ley divina como a las humanas, concilia las tendencias opuestas que veníamos considerando y sigue el camino iniciado ya por SAN AGUSTÍN cuando, al definir la ley eterna, empleaba la fórmula *ratio divina vel voluntas Dei;* si bien hay que advertir que la expresión agustiniana no deja de ofrecer algunas dificultades interpretativas teniendo en cuenta que la partícula *vel*, que suele expresar una disyunción (traduciéndose por «o»), puede también, a veces, tener sentido copulativo (equivaliendo entonces a «y»), siendo acaso este segundo el empleo que hiciera SAN AGUSTÍN en la definición aludida.

VI. Duns Escoto

El primero de los dos más destacados representantes de la corriente franciscana es Juan Duns Escoto (1265/6-1308), conocido por ese sobrenombre por el lugar de su nacimiento, Escocia.

Escoto es el primer franciscano claramente opuesto al tomismo (San Buenaventura había llegado a la discrepancia, pero no a la contradicción) y acaso donde con mayor notoriedad se aprecia esa ruptura es en la postura voluntarista que adopta. Santo Tomás había considerado que en la actividad humana corresponde el primado a la razón, la cual gobierna a las demás potencias, y muy singularmente a la voluntad, de modo que toda moción volitiva debe ir precedida y determinada por un conocimiento anterior: la voluntad quiere porque la razón, al conocer un bien, determina a aquélla hacia el mismo (*intelectualismo*). Escoto juzga esta tesis peligrosa para alcanzar la perfección cristiana, pues se corre el riesgo de que el hombre, buscando sólo un conocimiento de Dios, descuide el amor: es el amor a Dios y no su contemplación intelectual lo que justificará al hombre. Pero el amor es un acto de voluntad, por lo que debe afirmarse el primado de esta potencia sobre la intelectiva (*voluntarismo*) [4].

Parte Escoto de la doctrina denominada *contingentismo físico*. El primado de la voluntad sobre la inteligencia no solamente lo establece respecto del hombre, sino también cuando se trata de Dios. La actividad divina tiene igualmente como causa inmediata Su voluntad y no Su razón; o, dicho de otro modo, Dios al crear las naturalezas no las quiso crear como son porque las mismas sean racionales, sino que son racionales porque quiso crearlas así. Dios pudo, por tanto, crear un universo en el que las leyes físicas –que nos parecen absolutas y necesarias– fueran distintas de las actuales, o incluso exactamente contrarias; pensar otra cosa es disminuir la omnipotencia divina, sometiéndola en su obrar a las condiciones impuestas por la necesidad de las naturalezas, como si se dijera, por ejemplo, que Dios tuvo que crear el universo físico obligadamente sujeto a la necesidad enunciada en la ley de gravitación. Por consiguiente, lo que hoy llamamos necesario fue contingente –es decir, pudo no ser, o ser de otra manera– en el momento de la creación.

Si hemos expuesto brevemente el *contingentismo físico* es porque constituye un precedente de la tesis también escotista del *contingentismo moral*, al

[4] Por supuesto que, como ya dijera Aristóteles, nada puede ser querido si previamente no lo conocemos; esto es algo que Escoto no puede negar; mas lo que quiere afirmar es que ese previo conocimiento –y el consiguiente juicio acerca de la bondad o malicia de lo conocido– no es *causa determinante* del querer o no querer, sino sólo causa *ocasional*, ya que la voluntad actúa por una decisión propia y exclusiva, o como dice textualmente el escocés: «La causa total de la volición de la voluntad no es otra cosa que la voluntad misma».

que Escoto llega extendiendo a las leyes éticas lo afirmado respecto de las leyes físicas. Para él todo el mundo moral –que constituye el contenido del derecho natural y está expresado en el Decálogo– es como es, pero pudo ser de otro modo si así lo hubiese querido Dios. La voluntad de Dios es, por consiguiente, la única causa determinante de los preceptos naturales; y del mismo modo que en el orden físico todo ser o naturaleza depende exclusivamente de esa voluntad, en el orden moral todo debe proceder igualmente del libérrimo querer divino. Hasta tal punto, que Dios pudo hacer que el robo o la mentira, por ejemplo, fuesen acciones buenas con sólo haber ordenado tales conductas, o bien que fuera malo el amor a los padres si lo hubiera prohibido. En otras palabras: que la bondad –o malicia– de un acto no es algo intrínseco a él, sino un carácter adventicio que proviene de que haya sido ordenada –o prohibida– por Dios la conducta de que se trate.

Sin embargo, Escoto limita el contingentismo moral a la llamada «segunda tabla» del Decálogo, esto es, los preceptos que regulan las relaciones del hombre con el prójimo, no extendiéndolo, en cambio, a la «primera tabla» o preceptos que ordenan la relación del hombre con Dios, los tres primeros mandamientos, los cuales entiende que nunca podrían haber sido diferentes de como son, puesto que siendo Dios el sumo Bien, jamás pudo ordenar el odio hacia Sí mismo; únicamente en cuanto al tercer mandamiento cree que acaso le pueda afectar el contingentismo.

Prácticamente, toda la ley natural se reduce, pues, para Escoto a pura voluntad; mas como esa tesis no la establece solamente para la ley natural, sino que el voluntarismo lo aplica a toda ley, su posición queda abierta al positivismo jurídico, al no reconocer en la ley ninguna inmutabilidad ni más fuerza que la que le puede venir de la pura voluntad del legislador. En cuanto al derecho natural, su ámbito resulta enormemente restringido, pues estrictamente hablando sólo es derecho natural el contenido de la primera tabla, pudiendo afirmarse que los preceptos de la segunda constituyen un derecho natural únicamente en sentido amplio. Es decir, que este iusnaturalismo, además de tímido y reducido, no lo es en un sentido estricto, sino que debe enmarcarse en aquellas doctrinas que, como ya advertimos en otra ocasión, afirman la existencia de una *ley moral* natural (en el caso de Escoto, el Decálogo en su «primera tabla») que, en un sentido riguroso, no puede entenderse como derecho natural por las razones que ya conocemos.

VII. Guillermo de Ockham y el tránsito a la modernidad

Mucho más avanzado que Escoto, más radicalmente adversario del tomismo y más incisivo en sus escritos y su actividad fue Guillermo de Ockham (1295/1300-1349/50), también inglés y franciscano.

Aunque coincida con Escoto en no pocos puntos, Ockham somete a revisión el sistema escotista, completando un camino que aquél inició, pero que acaso no se atrevió a proseguir y llevar hasta sus últimas formulaciones. En líneas generales, puede afirmarse que la audacia ockhamista realiza lo que no osó hacer la prudencia escotista. Parte, como Escoto, de una posición radicalmente voluntarista: Dios puede hacer lo que quiera, pues sería contradictorio con su propia esencia el suponer que la voluntad divina está sujeta a condicionamiento previo alguno; y en esta línea no se detiene Ockham ante ninguna consecuencia, por absurda que pueda parecer: Dios hubiera podido venir a este mundo en forma de piedra, de tronco de árbol o de asno. El *contingentismo físico* es, en él, extremo; toda naturaleza es contingente, todo ser ha podido tener una estructura absolutamente distinta de la que posee.

Y tras esto, el *contingentismo moral*, pero mucho más acusado que en Escoto, puesto que se extiende también a los preceptos de la primera tabla del Decálogo. Por supuesto, cuando hablamos de robo o de adulterio, lo único que queremos decir es que estamos obligados a realizar la conducta contraria a la designada por estos términos porque así lo quiere Dios, y si tales comportamientos estuvieran mandados por Dios, «entonces el agente no vendría obligado a hacer lo contrario y, en consecuencia, no se llamaría robo, adulterio, etc.»; pero Ockham traspasa el límite escotista y no ve razón alguna por la que Dios no hubiera podido, si esa fuere su voluntad, ordenar el odio hacia Sí: *Deus potest praecipere quod voluntas creata odiat eum.*

Las consecuencias de este radicalismo tienen que proyectarse necesariamente sobre el derecho natural. Porque no es ya que no pueda derivarse el contenido de éste a partir de de la naturaleza de las cosas, dada la esencial contingencia de todo ser, con lo que se esfuma todo resto de inmutabilidad de la ley natural, dependiente de una voluntad libérrima; es que, además, ni siquiera deja Ockham subsistente aquella mínima representación del derecho natural que en Escoto (con el sentido que se señaló) significaban los preceptos de la primera tabla, pasando en bloque todo el contenido iusnaturalista a la inestable región de lo contingente. Estrictamente hablando, resulta difícil pensar en un derecho natural en Ockham, y habría que preguntarse si no ha desaparecido para ser sustituido por un simple *positivismo teónomo.* No dejarán de aparecer en los siglos posteriores actitudes herederas de esta tesis ockhamista.

El espíritu que inspira a Ockham, revolucionario y demoledor del pensamiento anterior, se manifiesta también en su *nominalismo.* Hasta Santo Tomás, la imagen del mundo era ordenada y jerárquica: las realidades singulares se integraban en unidades superiores, que eran los «universales», esto es, los géneros y las especies; aunque se habían producido algunas posturas nominalistas, como la adoptada a comienzos del siglo XII por Roscelino, con

su célebre tesis de que los conceptos no son sino meros «soplos de voz» (*flatus vocis*), simples sonidos, sin corresponderse con realidad alguna, pues las únicas realidades son las cosas concretas y singulares. Todavía Escoto había adoptado una posición de equilibrio entre el nominalismo y el realismo, bastante próxima a la tomista. Pero Ockham vuelve radicalmente a la antigua tesis de Roscelino: los géneros y las especies no tienen realidad alguna ni en las cosas ni en la mente divina, sino que son meros conceptos o modos de designación de los caracteres comunes que apreciamos en seres análogos, son simplemente «nombres», *nomina*, que damos a las cosas análogas. Con lo que aquel universo ordenado se atomiza en una pluralidad inacabable de realidades particulares, rompiéndose la visión unitaria y jerarquizada del mundo.

Pero si no existen los universales en la realidad, el único conocimiento veradero será el de los seres concretos y singulares, que son sólo los realmente existentes. De ahí la desconfianza de Ockham hacia la ciencia especulativa, que se funda en el presunto conocimiento de realidades abstractas (posición antimetafísica), y de ahí también que se incline por las *ciencias empíricas*, basadas en la intuición concreta e inmediata de lo singular, que tan gran desarrollo tendrán en la época subsiguiente. En cuanto a la separación entre filosofía y teología, Ockham va igualmente bastante más allá que Escoto, que la había iniciado. De Dios no podemos tener un conocimiento directo, como lo tenemos de las realidades singulares, por lo que hemos de conformarnos con lo que se contiene en la Revelación y nos enseña la fe; la teología no es, pues, ciencia racional ya que las verdades de fe no pueden conocerse de modo intelectivo.

Voluntarismo, nominalismo, separación de filosofía y teología. No puede negarse que Ockham ha realizado una auténtica revolución filosófica que no dejará de influir en el futuro inmediato. No sólo acaba con él la filosofía medieval, sino que también se inicia la *via modernorum*. Por lo que se refiere al terreno jurídico, su voluntarismo anuncia las posiciones positivistas posteriores, así como ciertas tesis del iusnaturalismo racionalista, de las que más adelante nos ocuparemos. Y también el pensamiento protestante será tributario, en buena medida, de las doctrinas de Ockham.

LECCION XXVII

EL PENSAMIENTO RENACENTISTA

I. El Renacimiento como renovación cultural

La filosofía escolástica tuvo su máximo esplendor, como sabemos, en el siglo XIII, tras del cual adviene la etapa de decadencia, en la que se produce el movimiento voluntarista y nominalista de Escoto y Ockham, de los que acabamos de ocuparnos. La postura de estas figuras de la escolástica del siglo XIV tenía que conducir, por la dinámica interna de las ideas, al racionalismo con que se inició la época moderna de la filosofía, racionalismo en el que perdurará durante siglos el nominalismo ockhamista. Pero entre el ocaso de la escolástica y la instauración definitiva del pensamiento racionalista –y coincidiendo con las primeras décadas del desarrollo de éste– se halla la fecunda etapa del Renacimiento, que imprime a las ideas cuños nuevos y abre a las mentes rumbos renovados. Si a una época le cuadra bien la expresión de haberse producido en ella un «giro copernicano», esa época es el Renacimiento; aunque sólo sea por la razón obvia de que el propio Copérnico fue renacentista.

No es esta la ocasión de intentar una vez más –¡tantas se ha ensayado!– definir el Renacimiento y señalar sus límites. Esto último resulta imposible, pues el espíritu renacentista constituyó un modo de ser y de pensar que fue extendiéndose por Europa, a partir de Italia, del modo difuso e inconcreto como se propagan las ideas [1].

[1] Fijándonos en los nombres más representativos del Renacimiento podríamos llegar a afirmar que el momento culminante de este movimiento se sitúa en la primera mitad del siglo XVI: Leonardo de Vinci muere en 1519, Maquiavelo en 1527, Tomas Moro en 1535, Erasmo en 1536, Luis Vives en 1540; pero qué duda cabe que ya participaban del espíritu del Renacimiento hombres como Petrarca (1304-1374) o como Nicolás de Cusa (1401-1464), *y que todavía* era renacentista, por ejemplo, Giordano Bruno, que muere en 1600.

Las dos directrices que dominan la cultura renacentista, por lo que a la filosofía se refiere, consisten en el repudio (o, en el mejor de los casos, abandono) del pensamiento escolástico y la restauración del greco-latino. Motivos próximos para lo primero no faltaban, ya que la escolástica de la última etapa, con sus sutilezas, sus inacabables distingos y su embrollada dialéctica, había producido un pensamiento fatigante y esterilizador del que bien poco cabía esperar ya, como no fuera su definitiva y afortunada desaparición. En cuanto a la vuelta al mundo clásico, el hombre renacentista lo realiza con un entusiasmo fervoroso más sentimental que racional, más devoto que crítico: se alaba lo griego y lo latino sólo por serlo, y así puede darse el caso de que se ponga a Quintiliano al mismo nivel filosófico que el fundador del Liceo; corre por Europa un acusado regusto por el aprendizaje y empleo de las lenguas clásicas, se helenizan o latinizan los apellidos (tales, por ejemplo, los casos de ERASMO y MELANCHTON) y se llega a incurrir, a través de excesos no exentos de ingenuidad, en aquella «pedantesca dulzura» de que hablara UNAMUNO [2].

II. PERFIL FILOSÓFICO DEL RENACIMIENTO

Filosóficamente, el Renacimiento se inclina más por PLATÓN —recuérdese la «Academia platónica», fundada en Florencia en 1440— que por ARISTÓTELES, lo cual resulta lógico: por una parte, la exuberancia del pensamiento platónico, su elegancia en el decir, tiene que subyugar al hombre renacentista mucho más que la fría racionalidad del Estagirita; de otro lado, éste había nutrido en no poca medida a una buena parte del pensamiento escolástico medieval, lo que por sí solo tenía que hacerle sospechoso para la nueva mentalidad. También el viejo sistema estoico va a tener sus nuevos adeptos en esta época, cosa que tampoco puede sorprender, pues la serenidad, la elegancia y la finura de espíritu del estoicismo —sobre todo del romano— se avenían muy bien con el talante de los renacentistas.

La transformación operada por el Renacimiento constituyó una mutación rápida, con la relativa rapidez que cabe en los fenómenos históricos. En casi una sola generación varían los esquemas intelectuales y parece como si una

[2] La acusada hostilidad de los hombres del Renacimiento hacia el mundo medieval se evidencia, incluso, en la terminología histórica que utilizan: la palabra *renacimiento*, que los renacentistas son los primeros en emplear, quiere expresar claramente que la cultura antigua había muerto a manos de las torvas oscuridades medievales y la labor ahora es la de hacerla nacer de nuevo. La misma expresión *Edad media*, también aportación de los renacentistas, tiene una intención igualmente peyorativa; los siglos precedentes no son sino una etapa intermedia entre las dos únicas realidades culturales válidas, la clásica y la que se inicia en el xv, como un largo paréntesis que separa ambos momentos.

Humanidad radicalmente nueva hubiera surgido en el lugar de la anterior, acabada y periclitada. Todo contribuye a este brusco cambio de decorado y de personajes; no sólo las concepciones ideológicas, estéticas y sentimentales apoyadas en una revalorización de las culturas de la Antigüedad clásica, sino también la incorporación a la historia de Occidente de nuevas tierras descubiertas, así como la profusión de inventos –algunos de tanta trascendencia como el de la imprenta–, que vienen a revolucionar la tosca técnica del medievo y, en fin, la realidad política plasmada en formas nacionales fraccionadas frente a la anterior estructura integradora y totalizadora del Imperio [3].

Recordemos, por último, para que quede completo el panorama de este período, los rasgos generales de la vida religiosa y del espíritu que en él se manifiestan. La unidad de la Iglesia, que se vio gravemente amenazada por el Cisma de Occidente, empieza de nuevo a resentirse apenas terminado éste (en 1417, con la elección de Martín V), por las tendencias reformistas que, un siglo después, desembocarán en el protestantismo. También como consecuencia del Cisma de Occidente surgen las tesis cesaristas, que reivindican la independencia del poder real respecto de la autoridad temporal del Pontífice, por lo que los Estados se van alejando de la tutela del Papado y produciéndose, en definitiva, una laicización del poder civil. Se advierte, por último, una paulatina descristianización –o, si se quiere, paganización– de la sociedad, contribuyendo a ello el espíritu humanista que acompañó al Renacimiento y que sustituyó el clásico esquema teocéntrico, conforme al cual se había articulado el pensamiento del medievo, por un sistema antropocéntrico. Lo cual no quiere decir, por cierto, que no se produjera un Renacimiento auténticamente cristiano y aun un humanismo cristiano, de los que España ofreció abundantes y luminosas muestras.

III. La Escuela española del derecho natural

1. La escolástica española de los siglos XVI y XVII

En este agitado paisaje de novedades y cambios de rumbo de todo orden se produce el resurgimiento, por obra de españoles, de la filosofía escolástica,

[3] No menores son las novedades en lo sociológico. «La ciudad –dice Fraile– prevalece sobre el campo, lo urbano sobre lo rural, las catedrales sobre las abadías, las lonjas sobre los castillos y las universidades sobre las escuelas de los monasterios. Las ciudades aumentan su riqueza con el desarrollo del comercio, y compran o conquistan privilegios con que se emancipan del dominio de sus antiguos señores. Frente a la aristocracia de la sangre se consolida la burguesía como una nueva clase social, cuyo influjo se basa en el poder de la riqueza y el dinero. Comienza a aparecer el capitalismo, revolucionando las antiguas estructuras económicas».

fenómeno bastante anómalo, teniendo en cuenta la escasa simpatía con que en la época es juzgado todo lo medieval. Pero no se piense que la escolástica española es, pura y simplemente, una actualización en los siglos XV y XVII de la escuela tradicional, limitándose a exhumar y desempolvar las viejas teorías casi olvidadas. Han pasado muchas cosas, como acabamos de ver, para creer posible una mera *restauración.*

Por eso, lo que se produce es una *reelaboración* de la doctrina escolástica, remozada con el espíritu de la nueva época; renovación que va desde la forma externa de exposición –una mayor agilidad y un tratamiento aislado e independiente de las cuestiones, huyendo de las ingentes *Sumas* medievales–, hasta el planteamiento de la problemática filosófica, en la que se dejan a un lado temas que un día fueron clásicos, y se da entrada, en cambio, a otros que el curso de las ideas y de los acontecimientos históricos han planteado con caracteres de urgencia.

En este último aspecto, la escolástica española, y más concretamente los autores que abordan las cuestiones jurídicas, sienten una predilección especial por los temas de filosofía política y por el derecho de gentes. Aquélla, porque nos hallamos –no lo olvidemos– en plena época de las monarquías absolutas y se hace indispensable, frente al poder omnipotente del monarca, crear un sistema racional de limitaciones al mismo y de garantías del súbdito. Y en cuanto al derecho de gentes, su actualidad le viene del hecho de ofrecer la política de los tiempos la realidad insoslayable de una pluralidad de naciones soberanas, cuyas relaciones es imprescindible enmarcar en cauces jurídicos, y, en el caso especial de España, el derecho de gentes se hace necesario como ordenamiento jurídico que regule la conquista y colonización de los extensos territorios americanos.

En resumen, pues, lo que significa la escolástica española de estos siglos no es un restablecimiento de la doctrina clásica medieval, sino una reelaboración de la misma, de suerte que, manteniéndose los postulados vertebrales de aquélla, respetadas las ideas axiales que integran su base y fundamento, reciben esos postulados y esas ideas un tratamiento adecuado a las estructuras culturales, histórico-políticas y sociales de los nuevos tiempos. Por eso no debe sorprendernos el que autores que se confiesan escolásticos e incluso específicamente tomistas, ofrezcan para ciertos problemas soluciones distintas a las que dio SANTO TOMÁS, sometiendo así a revisión ponderada todo el pensamiento cristiano medieval, si bien siempre respetando, por supuesto, los límites dogmáticos, y con un sentido de devoción reverencial hacia una doctrina tan cargada de tradición.

2. Rasgos generales de la Escuela española

Dentro del pensamiento escolástico español de los siglos XVI y XVII nos interesa especialmente el grupo de autores que se preocuparon por el problema iusnaturalista y al que se designa con la denominación de *Escuela española de Derecho natural.* Dos caracteres se aluden en esta designación: el de la condición hispánica de la escuela y el que, de modo específico, se ocupe del tema iusnaturalista.

En cuanto a lo primero, la calificación de «española» es oportuna, puesto que en la historia de la filosofía jurídica se conoce otra *Escuela de Derecho natural,* la racionalista —de la que nos ocuparemos en otro lugar—, siendo necesaria aquella apelación a la nacionalidad como signo diferenciador. Y respecto de la atención de la escuela hacia el derecho natural, bastaría para ponerla de manifiesto con explayar el contenido sumario de los tratados *De iure, De justitia, De lege, De legibus,* etc., tan numerosos en los autores del grupo; obras en las que los temas iusnaturalistas encuentran extenso desarrollo y tratamiento independiente, no englobados en obras de contenido teológico, filosófico, ético o político, como fue usual en la Edad media y de lo que se encuentran ejemplos aun en el propio Renacimiento [4].

Aparte lo indicado, pueden señalarse como rasgos generales de la escuela los siguientes: absoluta fidelidad al dogma; cultivo de la teología, presupuesto inexcusable cuando se reconoce al derecho natural una vinculación con Dios; la gran mayoría de los autores son eclesiásticos y, concretamente —al menos las grandes figuras—, profesos en dos órdenes religiosas, la de Santo Domingo y la Compañía de Jesús, habiendo sido muchos de ellos personajes de primera línea en el Concilio de Trento.

3. Principales representantes

Numerosos fueron los integrantes de este grupo, que merecieron por parte de un autor extranjero, J. KOHLER, el epíteto de *magni hispani.* Aquí nos limitaremos a reseñar las figuras más descollantes de entre las que, de modo preferente, atendieron al tema iusnaturalista.

Francisco de VITORIA (1492?-1546), dominico, llamado el creador del

[4] El tema iusnaturalista fue de los que con mayor insistencia trataron los autores de la escuela y, obviamente, el que más puede interesar aquí: pero no constituyó preocupación única, pues se extendieron también a otras materias, singularmente al derecho de gentes —en el que destaca el nombre señero de VITORIA—, Basta el punto de que el grupo de pensadores es designado en ocasiones como *Escuela de Derecho natural y de gentes.* Otras cuestiones abordadas fueron la filosofía política (recuérdese, por ejemplo, a Juan de MARIANA) y algunas disciplinas jurídicas concretas, como el derecho penal, tratado por Alfonso de CASTRO.

derecho internacional –aunque esta opinión es controvertida por algunos autores–, escribió un comentario a la *Secunda Secundae*, de SANTO TOMÁS, en el que expone la doctrina sobre la justicia y la ley natural, las relaciones de ésta con las normas del derecho positivo y sus caracteres y contenidos. VITORIA, que enseñó en la Universidad de Salamanca, es seguramente, dentro de la Escuela española, el seguidor más fiel del Aquinatense.

Domingo de SOTO (1495-1560), también dominico e igualmente profesor salmantino, autor de numerosas obras teológicas y filosóficas y de una jurídica, *Diez libros sobre la justicia y el derecho*, donde recoge lo fundamental de la doctrina de VITORIA, su maestro, sobre estos temas. En dicha obra establece la distinción entre derecho natural, derecho de gentes y derecho positivo, considerando los dos últimos como sendas serivaciones –aunque por diferentes procedimientos– del primero.

Domingo BÁÑEZ (1528-1604), asimismo de la Orden de Predicadores, muy significado pr sus conocimientos de teología, sobre la que escribió numerosas obras, así como otras filosóficas y una de carácter jurídico, *De iure ac iustitia decissiones*, que es un comentario a la *Secunda Secundae* de SANTO TOMÁS; como SOTO, puntualiza las distinciones entre el derecho natural, el de gentes y el positivo.

Luis de MOLINA (1525-1600), jesuita, cuya producción jurídica está representada por los *Seis libros sobre la justicia y el derecho*, la obra más extensa de la escuela sobre dichas materias; aparte de su exhaustivo tratamiento de la justicia, el padre MOLINA siente preferencia por los problemas del derecho de gentes, como el de la guerra, al que dedica abundantes páginas.

Francisco SUÁREZ (1548-1617), también de la Compañía de Jesús y sin duda el autor de la Escuela española de mayor altura, no sólo por su cuantiosa producción teológica y filosófica, sino, sobre todo, por su originalidad y profundidad de pensamiento; sin error puede considerársele como una de las primeras figuras de la filosofía hispana y, especialmente, como un metafísico de talla. La obra jurídica más característica del *Doctor Eximio*, como universalmente se le conoce, es *Tractatus de Legibus ac de Deo legislatore in decem libros distributus* –citado usualmente como *De legibus*–, que contiene una monumental y completísima exposición de la teoría de la ley, en la que, por supuesto, examina hasta agotarlo el tema iusnaturalista.

4. Puntos básicos de la doctrina de la Escuela

Las afirmaciones capitales en las que se resume la doctrina de la Escuela en torno al derecho natural son las que a continuación se expresan siguiendo la acertada síntesis que ofrece HERNÁNDEZ-GIL:

El derecho natural es de origen divino, tesis que no es sino una consecuen-

cia lógica de la concepción de la ley natural como una participación de la ley eterna, cuyo autor es Dios.

El derecho natural coexiste con el positivo, siendo necesarios el uno al otro; el positivo precisa del natural para obtener de él adecuado fundamento y el natural del positivo para concretarse y explicitarse a través de los preceptos del mismo.

El derecho natural tiene un carácter objetivo y normativo, esto es, no constituye un repertorio de principios axiológicos o éticos, sino que contiene auténticos preceptos; o, dicho de otro modo, es obligatorio y vigente, no meramente indicativo.

El derecho natural es conocido por todos en cuanto a sus primeros preceptos, pudiendo darse ignorancia, en algunos sujetos y respecto de supuestos concretos, respecto de los preceptos secundarios (la distinción entre unos y otros preceptos la toman de SANTO TOMÁS).

El derecho natural es uno, inmutable y universal; la inmutabilidad y la universalidad se afirman de modo absoluto en cuanto se refiere a los primeros preceptos, y como regla general, aunque con alguna posible excepción, respecto de las conclusiones de aquéllos.

El derecho natural se distingue del de gentes por su origen –que en el primero es la naturaleza y en el segundo el consentimiento tácito de los pueblos– y por la índole de sus preceptos: los del derecho natural responden a la bondad o malicia intrínseca de las cosas respectivamente ordenadas o prohibidas, mientras que las normas del derecho de gentes se refieren a materias puramente contingentes, cuya bondad o malicia resultará, por tanto, de lo que determinen tales normas, de suerte que serán buenas las acciones prescritas y malas las prohibidas.

En cuanto a este último punto, hay que advertir que, si bien es cierto que la gran mayoría de los autores de la escuela se pronunciaron por la tesis intelectualista de SANTO TOMÁS (Dios manda unas conductas porque son buenas y prohíbe otras porque son malas, y no al contrario) no lo es menos que entre los juristas españoles del Siglo de Oro surgió alguna posición un tanto anómala inspirada en el voluntarismo, lo que provocó reacciones que condujeron, igualmente, a conclusiones no del todo ceñidas a la doctrina clásica tomista. Nos referimos a la polémica habida entre Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, que se pronuncia por la solución voluntarista, y Gabriel VÁZQUEZ, que, al oponérsele reforzando la objetividad de la ley natural va tan lejos que llega a desvincularla de Dios, constituyendo así un precedente de Hugo GROCIO.

LECCION XXVIII

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

I. Significado de la filosofía racionalista

El término *racionalismo* tiene significación multívoca, pues no sólo es susceptible de diferentes empleos, sino que, además, en cada uno de éstos tiene un distinto contenido, según el autor o época que lo utilice. Es prudente, por tanto, renunciar a una definición y conformarnos con una descripción de lo que sea el racionalismo. En un sentido general, y como la propia palabra expresa, *racionalismo* hace referencia a la razón, de suerte que, en principio, habremos de considerar como racionalista todo sistema, postura o tesis que de algún modo valore positivamente la función del entendimiento y sitúe a éste por encima de cualquier otra potencia o actividad [1].

Desde un punto de vista histórico, suele entenderse por racionalismo la corriente filosófica que dominó el pensamiento europeo a partir del Renacimiento y que, a través de unas u otras manifestaciones, se extendió hasta alcanzarel siglo XIX. El racionalismo no es, por supuesto, una escuela filosófica, ni tampoco un sistema, sino más bien una forma de pensamiento que afectó durante más de dos centurias a diferentes escuelas y sistemas que se desarrollaron independientemente unos de otros, y a veces contradiciéndose

[1] De modo más concreto, pueden reducirse a tres las acepciones del vocablo:

a) El *racionalismo psicológico* que, en un examen comparativo entre razón y voluntad como manifestaciones o formas del obrar humano, da prevalencia a aquélla sobre está e incluso considera la actividad racional como la que tipifica en exclusiva al hombre.

b) El *racionalismo epistemológico,* que hace referencia al modo de conocer humano, entendiendo que únicamente la razón es fuente de nuestro conocimiento; opónese así racionalismo a sensismo (las ideas proceden de las puras sensaciones) y a intuicionismo (el conocimiento se alcanza por una captación inmediata y simpática de las esencias).

c) El *racionalismo metafísico u ontológico* el cual entiende que toda la realidad es racional, que el mundo tiene una estructura racional captable por el entendimiento humano.

entre sí, pero unidos todos ellos por el denominador común de la nueva concepción del mundo —y el hombre frente a ese mundo— que el racionalismo aportó. Acaso la palabra más adecuada —por ser suficientemente expresiva y, a la vez, suficientemente inconcreta— para designar lo que fue el racionalismo sea la de «mentalidad»: el pensamiento filosófico y el científico de esos dos siglos largos estuvo dominado por la *mentalidad racionalista.*

II. Rasgos fundamentales de la filosofía racionalista

¿En qué consiste la mentalidad racionalista? La filosofía medieval había acuñado una imagen del mundo dominada por la idea de la contingencia: el universo y los seres que lo constituyen son *contingentes*, es decir, son, pero pudieron no ser o ser de otro modo de como son; ni su existencia (pudieron no ser), ni su estructura ontológica o esencia (pudieron ser de otro modo) son *necesarias.* Pero la contingencia de las cosas exige la presencia de un ser necesario: Dios es el único ser necesario (no puede no ser) porque su esencia consiste en existir. Pues bien, lo que hace la mentalidad racionalista es extender al universo el concepto de necesidad, hasta entonces reservado a Dios: en el universo rige el *principio de necesidad.* No es que se afirme que todas y cada una de las cosas sean necesarias, ni tampoco que el universo, entendido como un todo, tenga una existencia necesaria, sino que el universo tiene una *estructura necesaria*, esto es —empleando la terminología de los propios racionalistas— una *estructura racional.*

Hay cosas que se evidencian ante nosotros como absolutamente necesarias: de un teorema matermático se deducen necesariamente ciertos corolarios, de unas premisas se obtiene necesariamente una conclusión; pero la mayoría de los aconteceres —ya se trate de fenómenos naturales, ya de conductas humanas— los consideramos como contingentes: no vemos que la erupción del Vesubio que destruyó Pompeya o la coronación de Napoleón como emperador sean hechos necesarios, ya que pudieron no tener lugar; más aún, la mayoría de los acontecimientos los juzgamos como meramente casuales y debidos al puro azar, pues no acertamos a ver las conexiones entre muy diferentes circunstancias que los hayan podido producir. Esto no tiene sentido para el racionalista, pues todo lo que sucede no podía dejar de suceder, nada hay azaroso ni contingente, sino que todo es necesario. Lo que ocurre es que no conocemos suficientemente la estructura racional del universo, pero —citamos palabras de Laplace— «si una inteligencia humana potenciada llegase a conocer la situación y funcionamiento de todos los átomos que componen el universo, éste le aparecería con la

claridad de un desarrollo matemático: el futuro sería para ella predecible y el pasado deducible del presente» [2].

Como la matemática es la ciencia de las necesidades, o dicho de otro modo, todas sus proposiciones son apodícticas (la suma de los ángulos de un triángulo es *necesariamente* de dos rectos, por un punto exterior a una recta *necesariamente* sólo puede trazarse una paralela a ésta), la introducción en el universo del principio de necesidad produce la consecuencia de una *matematización del pensamiento*: el universo está escrito en símbolos matemáticos y lo único que hay que hacer es saber leerlos. Todo fenómeno natural se produce con arreglo a una razón o proporción exacta, y cuando el científico la descubre —lee los signos matemáticos—, reduce esa razón o proporción a términos cuantitativos formulando así la *ley* correspondiente. Pero el gran error de los racionalistas —error que lastró el pensamiento durante siglos— fue el de que, deslumbrados por la necesidad de las matemáticas, hicieron de éstas el «saber modelo» y pretendieron que toda ciencia se construyera *modo mathematico*, con la misma metodología, el mismo rigor y la misma certidumbre de la ciencia de la cantidad [3].

Dentro del racionalismo queda totalmente sancionada la separación entre filosofía y teología —iniciada ya por OCKHAM—, y se produce a la vez una fecunda revalorización de las ciencias de la naturaleza, que toman a su cargo problemas antaño reservados a la filosofía; como muestra del auge de las ciencias naturales en esta época baste recordar los nombres de KEPLER, GALILEO, NEWTON, PASCAL, COPÉRNICO, HARVEY y tantos otros. Este crecimiento de la ciencia produce sobre la filosofía el efecto de orientar la especulación hacia el hombre, su espíritu y sus facultades, pasando muy a primer término el problema del conocimiento, que constituirá tema preferente para todos los racionalistas.

Señalemos, por último, como nota muy destacada de la mentalidad ra-

---

[2] La invocación al azar, que con tanta frecuencia hacemos, no es, para el racionalismo, sino un fácil recurso para encubrir nuestra ignorancia de las causas que han producido ese resultado que llamamos casual; nada se produce por casualidad, sino que todo sucede obedeciendo a una *férrea casualidad*. Cuando en una mesa de billar las tres bolas se detienen después de una carambola, podrían predecirse con toda exactitud los lugares en que se han parado de haber conocido el impulso dado a la primera bola, el ángulo con que ha incidido sobre las otras, el grado de elasticidad de las bandas, la pérdida de velocidad por el roce con el aire y con el tapete, etc., etc. Pues bien, el racionalista traslada este sencillo ejemplo al orden universal, en el que, por tanto, subyace el secreto y la explicación causal de todo.

[3] Así por ejemplo, LEIBNIZ aspiró a la construcción de un sistema de *Ciencia universal* compuesto de un número determinado de símbolos lógico-matemáticos, que sería base de un *metalenguaje universal* y permitiría la resolución de todos los problemas por la ley matemática de las *combinaciones*. Se llegó por esta línea a la pretensión de construir conforme al modelo matemático una disciplina tan ajena a esa esfera como la ética, tal como hizo SPINOZA, cuya principal obra lleva un título bien expresivo: *Ethica ordine geométrico demonstrata*.

cionalista, la ingenua –y un tanto pedante– confianza en la razón humana, de la que se piensa que es capaz de llegar a desvelar todo misterio y a resolver todo problema; idea ésta que se complementa con la del *progreso:* el hombre progresa continuamente en el conocimiento del mundo en un avance indefinido que sólo terminará cuando la razón humana haya conseguido desentrañar todo el misterio que se esconde en el universo.

En el dilatado espacio de tiempo en que está vigente el racionalismo se distinguen varias corrientes o direcciones, como al principio indicábamos. Por un lado, el llamado *racionalismo continental,* que se inicia con DESCARTES y se cierra con LEIBNIZ; por otra parte, el *empirismo* inglés, que va de HOBBES a HUME, y que es también un racionalismo, con la sola diferencia de que mientras el continental parte de las ideas elaboradas por la razón, el empirismo se preocupa por el modo como esas ideas son engendradas; una y otra dirección se funden en el *formalismo* de KANT, que pretende reducir las antinomias entre aquellas dos corrientes.

III. EL DERECHO NATURAL RACIONALISTA. SUS POSTULADOS BÁSICOS

El racionalismo influyó, durante su vigencia, sobre toda la producción filosófica. Nada tiene, pues, de particular que inspirase también nuevas formulaciones de la vieja tesis iusnaturalista, dando así lugar a un derecho natural racionalista, a cuya formación y desarrollo hubieron de contribuir asimismo diversas circunstancias sociales y políticas, de que haremos mención en lo que sigue. En un intento de síntesis, señalamos a continuación los puntos fundamentales de este iusnaturalismo, sin perjuicio de las particularidades y matizaciones que se aprecian en cada autor y a las que se hará referencia al tratar individualmente de los mismos.

1. Desvinculación del derecho natural respecto de Dios

Así como en la doctrina escolástica, según tuvimos ocasión de ver, la ley natural mantenía una estrecha conexión con Dios en cuanto que no era sino la manifestación referida al hombre del plan impuesto al universo por el Ser supremo a través de la ley eterna, ahora esa vinculación va a romperse (recuérdese, no obstante, algún precedente, como el de Gabriel VÁZQUEZ, al que aludimos en el capítulo anterior). Dios ya no es la fuente de toda moral y todo derecho, sino que ambos ordenamientos radican de modo primario en la naturaleza racional del hombre; es en la razón humana donde hay que buscar el fundamento de la norma, y esa razón natural es autónoma respecto

de todo, incluso de Dios. Más adelante encontraremos la drástica y célebre afirmación que de esta idea hizo GROCIO.

2. Construcción del derecho natural por la razón

La fe en el poder de la razón –característica, como sabemos, del racionalismo– llevó a los autores de esta escuela a la creencia de que sería posible construir un amplísimo sistema de derecho natural, con contenido máximo, mediante sucesivas y reiteradas operaciones lógico-deductivas que, a partir de los preceptos naturales ya existentes o conocidos, permiten obtener otros nuevos, ampliándose el ordenamiento jurídico-natural de modo potencialmente indefinido. Por este procedimiento se llegó en algunos autores –PUFFENDORF, por ejemplo– a construir un derecho natural de extraordinaria extensión, aunque con merma de su universalidad.

3. «Status naturalis» y «status civilis»

Uno de los caracteres destacados del derecho natural racionalista es la distinción que sus autores establecen –no exenta de precedentes, incluso en el mundo griego– entre un estado o situación del hombre individual, anterior a su convivencia política (*status naturalis*), y otro posterior a su inclusión o entrada en las formas sociales (*status civilis*); lo cual equivale a afirmar que el hombre, *naturalmente*, es un ser asocial y si históricamente lo hallamos constituyendo sociedades políticas, ello es un simple «estado adventicio (PUFFENDORF), es decir, una situación que «adviene» alhombre y que, por tanto, no se desprende de su naturaleza. En cada autor, sin embargo, se describe con trazos distintos el estado de naturaleza, como en seguida veremos, y mientras para unos tal situación prepolítica fue un estadio histórico, efectivamente vivido por la humanidad, para otros, en cambio, es una ficción, una hipótesis de trabajo necesaria para explicar el *status civilis* posterior.

4. Pactismo

El tránsito del *status naturalis* al *status civilis* está explicado en los diferentes autores por la teoría del *pacto*, según la cual lo que da origen al nacimiento de la sociedad es un contrato o convenio establecido entre los hombres en el estado de la naturaleza; suelen distinguirse dos pactos sucesivos; el *pactum unionis*, por el que se decide la constitución del grupo social, y el *pactum subjectionis*, por el que dicho grupo, ya constituido, acuerda someterse a una au-

toridad. En consecuencia, el Estado es concebido no como una institución natural —al moco como ocurría en la doctrina tradicional—, sino como una creación convencional y artificial, que, en definitiva, debe su origen y existencia al individuo, ya que ha nacido por voluntad de éste; doctrina que vendrá a ser uno de los fundamentos del liberalismo individualista imperante en el siglo XIX. Y como con el Estado ocurre con las demás instituciones de carácter social: la familia, las sociedades políticas menores, las asociaciones corporativas, etc., no son naturales, sino creaciones voluntarias y libres de los hombres. La misma Iglesia no se concibe más que como una libre fraternidad universal en la que los hombres se han agrupado. Sin embargo, si bien la tesis contractualista es una característica muy acusada en los autores de esta dirección, no todos ellos coinciden en la consideración del pacto como un hecho histórico. Para unos, el convenio constitutivo de cada sociedad fue, efectivamente, un hecho real, lo que explicaría la existencia de diferentes Estados, nacidos de los respectivos pactos. Para otros, por el contrario, el contrato es una simple hipótesis para explicar la actual configuración social: ésta se nos muestra como *si* hubiera procedido de un pacto entre los hombres.

5. La naturaleza humana empírica como punto de partida

En la doctrina tradicional (por ejemplo, en SANTO TOMÁS) los preceptos del derecho natural se obtenían a partir de una serie de tendencias yacentes en la naturaleza humana. Todavía en GROCIO se aprecia la concepción unitaria en cuanto que considera como fundamento del derecho natural la naturaleza social del hombre, pero a partir de él va a cambiar el punto de vista. Cada autor va a atender a la naturaleza empírica del hombre y va a fijarse en ésta o aquella tendencia psicológica determinada que considere como más característica; partiendo de estas distintas tendencias se construyen los diferentes sistemas iusnaturalistas; para PUFFENDORF la tendencia fundamental es la sociabilidad; para TOMASIO, la apetencia de felicidad; para HOBBES, el egoísmo; para ROUSSEAU, la bondad.

6. Separación entre moral y derecho

Como una consecuencia más de la ruptura entre lo moral y lo teológico (porque la ética se construye también por la razón mediante conclusiones obtenidas lógicamente a partir de unos principios racionales), se produce en los autores del iusnaturalismo racionalista una separación entre derecho y moral que, en general, consiste en atribuir al derecho la regulación de los ac-

tos externos, que quedan substraídos a las normas de la moral, mientras que ésta sólo se ocupa de los actos internos del sujeto, sobre lo que no cabe una calificación jurídica; con lo que moral y derecho quedan drásticamente separados, sin que pueda darse relación entre ambos ordenamientos ni, por tanto, infuencia alguna de uno a otro.

LECCION XXIX

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA
(Continuación)

I. Grocio

El holandés Hugo Grocio (1583-1645) es, antes que filósofo, un jurista a quien, por consiguiente, interesan sobre todo los aspectos prácticos del derecho, buscando llegar, en esta línea, a la concepción de un ordenamiento jurídico que esté por encima de los Estados y en el que éstos puedan coexistir pacíficamente; su construcción de un derecho natural no es, pues, resultado de unos presupuestos filosóficos, sino el laudable intento de un jurista amante de la paz, una paz que en su época está constantemente quebrantada por las luchas que ensangrientan Europa.

El fundamento y fuente del derecho natural es, para Grocio, la naturaleza humana *—iuris naturalis mater est ipsa humana natura—, y,* en consecuencia, define aquél como «dictamen de la recta razón que indica que un acto, por su conveniencia o disconveniencia con la naturaleza racional, posee torpeza o necesidad moral, y consecuentemente ha sido prohibido u ordenado por Dios, autor de esa naturaleza».

Como se ve, todo el problema del derecho natural se hace gravitar sobre la naturaleza racional. Es cierto que Grocio todavía cuenta con Dios, al que remite los mandatos y prohibiciones del derecho natural, pero la función divina queda reducida a ordenar o prohibir lo que ya por sí mismo, e *independientemente de Dios,* es bueno o malo según esté de acuerdo o contradiga, respectivamente, la naturaleza racional. Tal independencia queda bien patente, si no lo estuviera ya en la definición que hemos transcrito, en un pasaje —que se ha hecho famoso— de los prolegómenos al *De iure belli ac pacis,* en el que afirma que lo establecido por el derecho natural seguiría teniendo vigor, «aunque supusiéramos, lo que no puede concebirse sin grave pecado,

que Dios no existe o que no se ocupa de los asuntos humanos» (*etiam si daremus, quod sine summo scelere dari nequit, Deum non esse aut non curari ab eo negotia humana*).

Pero la naturaleza humana no es sólo racional, sino también social; entre las cosas que son propias del hombre, dice GROCIO, figura la tendencia a la sociedad, pero no a una comunidad cualquiera, sino precisamente a la convivencia ordenada por la misma razón del hombre. De ahí que la *socialidad* —el *appetitus societatis*— constituya en GROCIO un elemento indispensable del concepto de derecho natural, puesto que sirve como punto de partida para la derivación o construcción racional del mismo.

Como el *appetitus societatis* únicamente puede satisfacerse y desarrollarse plenamente dentro del Estado, el hombre constituyó la sociedad civil a través de un doble contrato: uno de unión de los hombres en el grupo social y otro de erección de autoridad. El primero de estos pactos, por cuanto tuvo lugar en el *status naturalis*, es de derecho natural, pero no así el segundo, que es ya de derecho positivo (puesto que se ha convenido una vez constituida la sociedad política), y por ello pueden ser, y son, distintas las formas de Estado y los modos de ejercicio de la autoridad. GROCIO estima que la convención originadora del Estado ha sido un hecho histórico existente, y, por tanto, entiende que se han producido tantos pactos como comunidades estatales existen [1].

GROCIO es considerado por algunos autores como el iniciador del derecho natural racionalista, en tanto que para otros no es sino un precedente de esta corriente, en razón de la vinculación de los escolásticos que todavía se manifiesta en él. En cualquier caso, su afirmación de que el derecho natural existiría aun en la hipótesis de que Dios no exista sienta indudablemente las bases de la tesis capital del iusnaturalismo racionalista, que sitúa en la naturaleza humana el fundamento de la ley natural. Su especial dedicación a las relaciones entre las naciones hizo que durante mucho tiempo se le considerase como el fundador del derecho internacional, si bien hoy se reconoce unánimemente hasta qué punto estuvo inspirado en este tema por los autores de la escolástica española.

II. PUFFENDORF

La tesis fundamental grociana de que el derecho natural encuentra su fundamento en la naturaleza racional del hombre va a ser desarrollado por una se-

[1] El poder del Estado resulta enormemente reforzado en la doctrina grociana, pues considera como uno de los preceptos más destacados del derecho natural el que *reza pacta sunt servanda*, los pactos han de ser respetados; y como el Estado ha surgido precisamente de un pacto, los súbditos han de someterse a la autoridad estatal, y aún es dudoso, desde este punto de vista, que pueda reconocérseles un derecho de resistencia frente a un poder tiránico o abusivo.

rie de autores posteriores, cada uno de los cuales, sin embargo, dará a la misma su propia interpretación, originando así perspectivas y direcciones diferentes dentro del iusnaturalismo racionalista.

El primero de ellos es Samuel PUFFENDORF (1632-1694), primer titular de una cátedra de derecho natural, la creada en la Universidad de Heidelberg en 1661.

Hay que reconocer a PUFFENDORF una formidable mentalidad sistemática que le permitió elaborar todo un vasto sistema jurídico que no dejó de causar impacto en la ciencia jurisprudencial, y andando el tiempo, también en el movimiento codificador europeo. Fue, desde luego, el instaurador definitivo del racionalismo en el derecho, acabando con los restos de la escolástica en la lucha dialéctica denodada contra los teólogos luteranos –a pesar de que él profesaba esa religión–, en quienes, curiosamente, había encontrado su último reducto la doctrina escolástica católica sobre el derecho.

PUFFENDORF sigue a GROCIO en el intento de constituir un derecho común a todos los hombres y que, por tanto, esté por encima de cualquier matización religiosa, pero en la construcción de este derecho natural profano se separa del autor holandés. Este, como sabemos, hacía intervenir a Dios en la ley natural de una manera «necesitada»; Dios tiene que mandar o prohibir aquellas acciones que, respectivamente, sean congruentes o disconvenientes con la naturaleza humana, y por eso sólo desde ese punto de vista tiene sentido la afirmación de que el derecho natural existiría aunque Dios no existiese. PUFFENDORF, en cambio, enlazando con la tradición voluntarista, no admite que la naturaleza humana sea una existencia al modo de las esencias matemáticas, con una necesidad intrínseca que obligue incluso a la preceptuación divina: las cosas son buenas o malas, ciertamente, en relación con la naturaleza humana, pero esta naturaleza es producto de la actividad libérrima de la voluntad divina, que quiso crearla así. Con lo que se coloca tan lejos de la vinculación de la ley natural con Dios a través de la ley eterna –concepto que PUFFENDORF no maneja– como del objetivismo iusnaturalista de GROCIO.

Lo procedente, por tanto, para llegar a descubrir el contenido del derecho natural será examinar cómo es la naturaleza humana, pero no entendida como esencia abstracta, sino tal como se da empíricamente en la realidad histórica. En este examen encuentra PUFFENDORF una nota o carácter que le parece la condición más destacada de esa naturaleza; la *imbecillitas*, la debilidad o desamparo en que se encuentra el ser humano, que en esto se halla en evidente desventaja con cualquier otro animal, como PUFFENDORF pone de manifiesto al describir la suerte que correría un hombre en la ficción robinsoniana de completo aislamiento. Junto a la *imbecillitas* ostenta también la naturaleza humana la nota de la *socialitas*, que no es para él, como lo fuera para GROCIO, una «tendencia natural» a constituir grupos organizados, sino una simple «posibilidad» o facultad de ser social. La actualización o realiza-

ción de esa posibilidad mediante su integración en entes políticos será lo que permitirá sobrevivir al hombre y remediar la indigencia de su natural *imbecillitas*, por lo que PUFFENDORF llega a afirmar que es de mandato divino la observancia o cumplimiento de la *socialitas*.

He aquí el punto de partida: será de derecho natural todo aquello que favorezca o fomente la *socialitas*, y contrario a él lo que la impida o perjudique. Se tratará, pues, de ir deduciendo racionalmente a partir de aquí los preceptos de derecho natural, procedimiento en el que PUFFENDORF se muestra en verdad generoso, pues sus deducciones descendentes llegan a obtener preceptos concretísimos reguladores de detalles mínimos de la vida de convivencia, construyendo un gigantesco sistema de derecho natural, tan extraordinariamente extenso que dentro de él se incluyen numerosos preceptos que en realidad, corresponden al derecho positivo, al punto que cabe decir que en el sistema de PUFFENDORF apenas si queda sitio para tal derecho positivo, al estar reguladas la mayoría de las relaciones jurídicas por preceptos de derecho natural.

A pesar de lo cual PUFFENDORF cree necesarios el derecho positivo. Admite, como GROCIO, la distinción entre un *status naturalis*, anterior a la convivencia, y un *status civilis*, que corresponde a la situación real, histórica, del hombre asociado. En el estado de naturaleza, el hombre vive oprimido por una constante sensación de inseguridad (*imbecillitas*), al notarse falto de protección y sin garantías para su propia conservación, y es precisamente para poner fin a esa situación de zozobra por lo que los hombres se unen y constituyen la sociedad civil a través del pacto (que en PUFFENDORF es una simple ficción o hipótesis de trabajo, mientras que en GROCIO se considera como un hecho efectivamente histórico). La integración en el *status civilis* está teñida, por tanto, de un claro sentido pragmático, ya que mediante ella buscan los hombres una seguridad de la que carecían en la situación anterior.

Pero ya en el *status naturalis* el hombre tenía unos derechos y unos deberes que son, por tanto, *naturales*, y, cuando nace el Estado, el derecho positivo tiene que inspirarse en ellos. El derecho positivo es necesario para que, con las penas que prevé, reprima los instintos malos del hombre, el cual viene obligado a acatar las leyes del Estado por aplicación del principio de derecho natural —fundamental para PUFFENDORF como lo era para GROCIO— *pacta sunt servanda*, porque precisamente el Estado, dador de esas leyes, ha nacido del pacto entre los hombres.

El *status naturalis* debe considerarse siempre como prevalente frente al estado social o político, incluso en lo que se refiere a sus respectivos preceptos, pues los del derecho positivo no pueden apartarse de los del derecho natural; por eso PUFFENDORF llama *status adventitius*, es decir, sobrevenido o accidental, a la situación del hombre histórico encuadrado en organizaciones políticas.

Importante es la doctrina que establece PUFFENDORF acerca de las relaciones entre moral y derecho, en cuanto que la misma inicia una corriente que será continuada por autores posteriores. Para él, el derecho regula las acciones externas, mientras que la moral entiende únicamente de las intenciones del sujeto, siendo característico de aquél la coacción, que no alcanza, en cambio, a la esfera de la moral.

III. TOMASIO

Pero en esta línea va a ir mucho más lejos un discípulo de PUFFENDORF, Cristian TOMASIO (1655-1728), autor de sorprendente precocidad y que constituye un ejemplo conspícuo del hombre de la Ilustración. Parte, como GROCIO y PUFFENDORF, de la necesidad de que los hombres se unan entre sí en organizaciones civiles o políticas; pero lo que les lleva a esta unión no es ni el *appetitus societatis* de GROCIO ni la *socialitas* de PUFFENDORF, sino la exigencia de buscar por todos los caminos la consecución de una existencia feliz; la felicidad es el norte de las acciones del hombre, que debe realizar cuanto favorezca esa felicidad y abstenerse, en cambio, de todo lo que pueda perturbar la feliz y pacífica convivencia. El pacto que da origen al Estado no va buscando otra cosa, porque la paz exterior se garantiza mejor a través del poder coactivo de aquél, y aun de la coacción que con arreglo al derecho positivo puede un hombre ejercer sobre otros.

El derecho natural sigue, en TOMASIO, fundamentado en la naturaleza humana, por lo que define la ley natural como «la ley divina inscrita en los corazones de todos los hombres, que les obliga a hacer aquello que necesariamente conviene a la naturaleza racional humana y a omitir lo que repugna a ésta»; una vez más, Dios se nos aparece no como legislador, sino como creador de la naturaleza humana, por referencia a la cual se origina el derecho natural.

La conducta del hombre está regulada, según TOMASIO, por tres disciplinas: la ética, la política (los usos sociales) y la jurisprudencia (el derecho), pero de tal suerte separadas que cada una de ellas afecta a un tipo específico de conductas.

Los tres órdenes reguladores se fundan en sendos principios y tienen su respectivo precepto fundamental; el principio de la ética es lo *honestum* y su precepto fundamental, *quod vis ut alii sibi faciant, tute tibi facies* (lo que quieras que otros hagan para sí mismos, hazlo tú para tí); el principio de la política es lo *decorum* y su precepto, *quod vis ut alii tibi faciant, tu ipsis facies* (lo que quieras que otros hagan contigo, hazlo tú con ellos); y el principio de la jurisprudencia es lo *iustum*, siendo su precepto básico *quod tibi non vis fieri, alteri non feceris* (no hagas a otros lo que no quieras que te hagan a tí).

Como puede observarse, comparando los preceptos fundamentales de la moral y del derecho, difieren ambos notablemente en que en el primero se alude a una conducta del sujeto aislado de los demás, mientras que el precepto jurídico se refiere a la actuación del hombre en relación conn sus semejantes. Por expresarlo gráficamente, el mundo moral de TOMASIO vendría representado por una pluralidad de esferas inconexas entre sí, en las que los sujetos estarían como enclaustrados, atendiéndose únicamente a las acciones realizadas para consigo mismo (lo que quieras que otros hagan para sí mismos, hazlo tú para tí), en tanto que el mundo jurídico estaría constituido por esferas conectadas o relacionadas las unas con las otras, de modo que las acciones de un sujeto se enderezan o dirigen hacia otros sujetos, aunque TOMASIO sólo contempla el aspecto negativo de esas relaciones (*no* hagas a otros lo que *no* quieras que te hagan a tí).

Pero lo que realmente ilustra la doctrina *separatista* entre moral y derecho establecida por TOMASIO es la afirmación de que la obligación jurídica es esencialmente coactiva; como el derecho regula las acciones externas y sólo a lo externo puede llegar la coacción, solamente esa obligación es coactiva, sin que la coacción pueda, en cambio, alcanzar al *forum internum* de la conciencia, que es donde se producen los actos regulados por la moral.

Es muy posible que, como se ha dicho, esta tesis de TOMASIO tuviera una finalidad más bien práctica, en el sentido de pretender crear un reducto —el del fuero de la conciencia— en el que el hombre se hallara a salvo de la acción omnipotente del Estado, titular de la fuerza coactiva, que vería así limitada su eficacia al fuero meramente externo; pero sea así o no, lo cierto es que la afirmación tuvo consecuencias importantes para el concepto de derecho natural. Porque si la coacción externa resulta ser un carácter esencial de lo jurídico y no dándose en el derecho natural, la consecuencia es que éste no es tal derecho, sino simple consejo. Textualmente afirma: «la ley natural y divina pertenece más a los consejos que a los mandatos y la ley humana propiamente dicha no se refiere sino a normas imperativas». Si el derecho natural no es derecho, quedará en simple ideal inspirador del único auténtico derecho, que es el positivo.

IV. WOLF

El último personaje de este iusnaturalismo racionalista típico es Cristian WOLF (1679-1754), autor de enorme fecundidad y que gozó en su tiempo de gran predicamento. Es, con TOMASIO, un representante genuino del espíritu de la Ilustración y, al igual que PUFFENDORF y el propio TOMASIO, ejerció la docencia universitaria. Sin embargo, WOLF es, sin du-

da, más filósofo que los anteriores o, por lo menos, el que más constantemente procuró la fundamentación filosófica de sus doctrinas.

Como los autores que le precedieron, pone el fundamento de la ley natural en el hombre, afirmando que dicha ley «tiene su razón suficiente en la misma esencia del hombre y de las cosas»; pero, en un intento de armonización de la tesis racionalista con la tradicional, aifrma que *auctor legis naturae ipse Deus est*, y, por lo tanto, *lex naturalis, lex divina est.*

Sin embargo, sus esfuerzos eclécticos no van más allá. Sigue construyendo el derecho natural por el procedimiento deductivo, tan propio de la tradición racionalista: «La verdad del derecho positivo, como la del derecho natural, puede demostrarse con precisión y certeza», por cuanto «hay una relación entre todas las obligaciones y todos los derechos, de tal suerte que es posible deducir el uno del otro mediante una cadena ininterrumpida de razonamientos; las verdades así relacionadas entre sí constituyen un *sistema*» (citado por TRUYOL). Sigue también dando entrada a la distinción entre el *status naturalis* y el *status civilis*, a cada uno de los cuales atribuye derechos y deberes distintos, siendo los naturales inviolables por el derecho positivo, el cual, no obstante, debe limitarlos en su ejercicio para posibilitar la convivencia de los hombres.

En cuanto a las relaciones entre moral y derecho, no separa ambas normatividades, como TOMASIO, pero tampoco las distingue demasiado, llegando en realidad a una confusión entre uno y otro ordenamiento; concibe la moral como una ley preceptiva y el derecho como una ley permisiva, lo cual es, evidentemente una inadecuada concepción de lo jurídico, pues el derecho no se limita a permitir, sino que es también imperativo.

LECCION XXX

IUSNATURALISMO Y FORMAS POLITICAS

Los siglos XVII y XVIII proporcionan a Europa una larga etapa de convulsiones, que en la primera de estas centurias son preponderantemente políticas, mientras que en la segunda lo son de preferencia sociales y, sobre todo, ideológicas: nuevas ideas van abriéndose paso y preparando el violento estallido de la revolución francesa. No es de extrañar, por tanto, que en estos siglos la filosofía política pase a primer plano y que los pensadores sientan la acuciante preocupación de explicar y justificar –hasta donde sea posible– la estructura del poder político y la relación entre gobernantes y súbditos, entre el individuo y el Estado. A esta explicación no puede ser ajeno, como es obvio, el derecho natural, que se transforma, en los autores que vamos a estudiar, en instrumento para la configuración de diferentes concepciones de la práctica política.

Como sabemos, una de las notas del iusnaturalismo racionalista es la consideración de la existencia de dos situaciones o *status*, el natural y el social, habiendo nacido este último de una convención o pacto establecido entre los hombres; pues bien, hay tres pensadores a que nos vamos a referir en este capítulo que llevan a sus últimas consecuencias las tesis pactistas, con la particularidad de que –coincidiendo en la radical aplicación de la misma– llegan a soluciones diferentes: en HOBBES, la justificación del poder absoluto; en LOCKE, la fundamentación del liberalismo; en ROUSSEAU, la apología de la democracia.

I. HOBBES: LA JUSTIFICACIÓN DEL PODER ABSOLUTO

Tomás HOBBES (1588-1679) inaugura, aparte del precedente de Francisco BACON, la corriente filosófica conocida como *empirismo inglés*, que basa

todo el conocimiento en la experiencia: el contenido de la conciencia procede, en su totalidad, de la actividad sensorial del sujeto; «la sensación —afirma HOBBES, es el principio del conocimiento y de ella se deriva todo el saber». Esto, unido a sus tendencias mecanicistas y materialistas y a la formación en el nominalismo voluntarista que se había refugiado en Oxford, donde estudió, explica claramente sus doctrinas filosóficas y su concepción política [1].

1. «Status naturalis» y «status civilis»; el pacto

Entiende HOBBES que el carácter más destacado de la psicología humana es un profundo egoísmo que, en el *status naturalis*, lleva a cada hombre al deseo de apoderarse de las cosas, pero como idéntica pretensión se da en todos los individuos, tiene lugar una confluencia de deseos, un *ius omnium in omnia* (derecho de todos sobre todas las cosas), que origina una lucha continua, una situación de perpetua pendencia, un *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos) donde los hombres, que son naturalmente malvados y sanguinarios, se combaten entre sí con saña: *homo homini lupus* (el hombre es un lobo para el hombre), dirá HOBBES, con frase que, aunque popularizada por él, no es original suya, pues fue empleada con ligeras variantes por otros autores precedentes, leyéndose ya en Ovidio y, aun antes, en Plauto.

Es evidente, y así lo comprendieron los hombres, que tal estado de contienda e inseguridad es insostenible, y el propio egoísmo aconseja salir de él, lo cual se hace a través del pacto por el que se constituye el Estado y se erige la autoridad (*status civilis*). A la situación de convivencia social, por consiguiente, no llega el hombre movido por una inclinación natural, como en GROCIO, por ejemplo, sino empujado por consideraciones utilitarias; bien claramente lo afirma HOBBES: el hombre no es social por naturaleza, sino por necesidad (*ad societatem homo aptus non natura, sed disciplina factus est*).

Pero la inseguridad y la lucha permanentes del *status naturalis* sólo pueden terminar si esa autoridad a que los hombres se someten es total y absoluta, de tal suerte que pueda adoptar sin traba alguna todas las medidas ne-

[1] Añádase a todo ello el agitado panorama político que le fue dado contemplar, tanto en la Europa continental —la terrible guerra de los Treinta años (de 1618 a 1648)— como en su propia patria: el reinado de Isabel I, las luchas religiosas, la instauración de la dinastía Estuardo, la ejecución de Carlos I, la República de Cromwell, la insurrección monárquico-religiosa de Irlanda y Escocia, el bienio de anarquía que subsiguió a la muerte de Cromwell, la restauración de los Estuardos, la persecución contra los católicos en el reinado de Carlos II...; su biografía, enmarcada en época tan convulsa, explica en parte alguna de sus posturas doctrinales.

cesarias para mantener el orden, la paz y la seguridad, impidiendo el retorno al *bellum omnium contra omnes;* por lo que es preciso que, al construir el Estado, todos y cada uno de los individuos se despojen de su libertad y de su derecho a disponer de sí, cediéndoselos al Estado que nace.

Con lo que el Estado que aparece con el pacto ostenta un poder absoluto sobre los individuos, renunciantes a todo derecho frente al mismo; a ese Estado es al que denomina *Leviatán* –palabra hebrea que se aplica a los animales astutos y solapados (Isaías, lo identifica como «serpiente huidiza» y «serpiente tortuosa»)– y también *Dios mortal* para dar idea de su poder: el Estado de HOBBES es necesariamente un Estado absoluto.

2. Pesimismo antropológico y exigencia del orden

Sistematizando la doctrina del pensador de Malmesbury, adviértense en ella dos premisas, la maldad del hombre y la necesidad de establecer un orden social; y una consecuencia, el carácter absoluto del Estado y del derecho que de él emana.

HOBBES profesa, en efecto un claro pesimismo antropológico. Independientemente de que la situación de ferocidad y de guerra de todos contra todos haya sido o no una etapa efectivamente vivida por la Humanidad, lo cierto es que la maldad del hombre puede, en cualquier momento, hacerse realidad y, desde luego, a ella se llegaría tan pronto como el Estado dejara de ejercer su vigilancia cuidadosa. El hombre es consciente de la perversidad de la especie; ¿por qué, si no –se pregunta–, evitamos viajar solos, echamos por la noche el cerrojo de la casa y aun dentro de ella cerramos los armarios?; y si estas precauciones las tomamos bajo la protección de las leyes del Estado, ¿que ocurriría sin ellas? La hostilidad se manifiesta también en las relaciones entre los Estados, siempre recelosos los unos de los otros, siempre amenazándose y manteniendo constantemente «sus armas levantadas y sus ojos fijos uno en el otro», «en actitud de gladiadores».

La segunda premisa es la exigencia del orden. Las calamidades de su tiempo debieron de dejar en HOBBES una huella terrible, produciendo en él un permanente horror a la guerra, a la subversión y al desorden. Si para evitar estas tragedias es preciso un Estado omnipotente hasta el punto de que los súbditos le sacrifiquen todos sus derechos, no se debe dudar en erigir ese Estado con tal de que posea la fuerza necesaria para que nos garantice la paz. Y ante la objeción de que en tal situación los súbditos quedan entregados inermes y maniatados a la voluntad caprichosa de un poder acaso despótico, HOBBES contesta que, aun reconociendo esa posibilidad, «en una constitución política las mayores tachas apenas si se sienten en comparación

con la miseria y los horrores de una guerra civil o del estado de naturaleza, desprovisto de ley y sin poder político que impida a los hombres el robo y la venganza» [2].

3. El *Leviatán* y su derecho; los límites del poder estatal

Estas dos premisas no pueden conducir sino a un resultado: la necesidad de que el Estado sea lo suficientemente fuerte para sofocar las tendencias de los hombres al mal y garantizar el orden. Ambas funciones las realiza el derecho positivo, que tiene que ser, como el Estado que lo promulga, indiscutible. Es el derecho el que discierne lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, con lo que HOBBES se alínea en el más puro voluntarismo: así como en OCKHAM el mandato o la prohibición divinos constituían a las conductas en buenas o malas, ahora esa función se atribuye al derecho del Estado. El *Leviatán* o Dios mortal asume la misión del Dios inmortal. La voluntad del Estado será el único criterio de la moralidad y de la justicia; lo cual tiene una consecuencia importante, y es que las leyes no pueden ser nunca injustas siendo el Estado el supremo definidor de la justicia, pudiendo únicamente calificarse como buenas o malas según sus resultados. [3]

Pese al amplio poder con que HOBBES reviste al Estado, ello no quiere decir que la acción estatal deje de tener limitaciones ni que, correlativamente, no haya también fronteras al deber de obediencia de los súbditos. Unas y otras las deduce HOBBES, con lógica impecable, del fin para el que el Estado fue constituido: la salvaguardia del orden y la garantía de la paz, por lo que «la obligación de obediencia al Estado no dura ni un momento más que el tiempo durante el que éste tiene la fuerza suficiente para proteger a los ciudadanos». Si el Estado no cumple su misión deja de estar justificado.

En las relaciones entre el *Leviatán* y los súbditos se manifiesta una evidente contradicción interna del sistema hobbesiano, pues si por un lado el punto de partida habría de conducir a una apología del Estado totalitario,

---

[2] El autor inglés es un hombre atenazado por el miedo a la violencia. Cuenta en su autobiografía que su nacimiento se anticipó por el terror que le produjo a su madre la presencia frente a las costas inglesas de la Armada Invencible enviada por Felipe II, comentando HOBBES que aquel día su madre dio a luz dos gemelos: el miedo y él mismo. Este miedo congénito le acompañó toda su vida y acaso influyera en su teoría política, que pone la paz y el orden por encima de todo, como los valores supremos a realizar con sacrificio de cualesquiera otros.

[3] Toda la vida de los súbditos tiene que estar sometida al derecho del Estado, incluso las dimensiones religiosas, porque el *Leviatán* no puede tolerar que, a través de la religión, se introduzca la disensión y la lucha, como ocurría en los tiempos de HOBBES, quien se opone, por tanto, al dualismo tradicional entre Iglesia y Estado, pues oponer una autoridad espiritual frente a la civil equivale a crear un «reino invisible semejante al reino de las hadas»: «un Estado cristiano y una Iglesia son la misma cosa».

por otro resulta que, una vez constituido el poder estatal, se condiciona la sumisión al mismo cumplimiento por aquél de su función de garante de la paz y el orden, pudiendo los súbditos, si esto no se realiza, retirarle la obediencia e incluso someterse a otro poder extranjero [4].

Dadas estas y otras paradojas que manifiesta el pensamiento del autor inglés, no es extraño que haya dado lugar a interpretaciones muy dispares. No han faltado, incluso, quienes han querido ver en él un precursor del liberalismo, sin que, ciertamente, carezca la idea de fundamento, pues, en definitiva, al *Leviatán* se le está pidiendo –y para ello se le atribuye su extraordinario poder– que proteja la vida, la propiedad y la libertad, que son los tres valores típicos de la burguesía liberal, de modo semejante a como sucede con el Estado de LOCKE, según se verá en seguida.

4. HOBBES y el derecho natural

De todo cuanto antecede puede colegirse cuál sea la postura hobbesiana sobre el derecho natural. En la doctrina tradicional, el contenido del derecho natural se deducía a partir de las inclinaciones descubiertas en la naturaleza humana, que resultaba ser la fuente inmediata de los preceptos naturales. Pero esta función fundamentadora no puede asignarse a la naturaleza cuando la misma se concibe como proclive espontáneamente al mal por ser una naturaleza corrupta; la corrupción no engendra sino corrupción y se hace imposible derivar una ley natural de la naturaleza humana. Por ello, en HOBBES apenas puede hablarse de un derecho natural; si acaso podría señalarse como precepto natural –existente en el *status naturae*– el que obliga a respetar los convenios, *pacta sunt servanda*, pues sólo este precepto garantiza la persistencia del *status civilis* originado por el pacto.

Es verdad que HOBBES, incidentalmente, menciona algunos otros preceptos naturales –no robar, no matar...–, pero siempre supeditando la determinación de su contenido a lo que establezca el derecho del Estado, que será el que concrete lo que se entiende por robo o por homicidio, de manera que a lo más que se puede llegar, como hace WELZEL, es a afirmar que en HOBBES se da un derecho natural «existencial» o empírico, en cuanto que el contenido material de sus preceptos depende de una determinación histórica hecha por el derecho positivo.

---

[4] Adviértase que ello es consecuencia del modo como HOBBES concibe el pacto: éste se realiza *entre los hombres*, no entre éstos y el Estado, el cual, por tanto, queda fuera del acuerdo como no podía ser menos ya que nace del mismo, es una criatura producto del pacto. En la primera edición del *Leviatán* campeaba en su portada una frase tomada del libro de Job: «no hay en la tierra poder que pueda comparársele»; pero ese «Dios mortal», pese a su fuerza incalculable, adolece de la debilidad de su origen pactado.

El autor inglés está obsesionado, como sabemos, por el problema de la paz, de la protección del ciudadano en el orden, y para esos efectos prácticos entiende que no es suficiente un derecho natural *ideal*, sino un ordenamiento más realista, más cercano a la realidad fáctica, como es el derecho positivo. Esa obsesión, con el error que supone el situar los valores del orden, de la seguridad y de la paz en la cúspide de la escala axiológica, impidieron a HOBBES obtener mayor y mejor partido de la idea iusnaturalista, frente a la que no manifiesta, ciertamente, una hostilidad apriorística, pero de la que tiene que prescindir casi del todo para poder mantener las conclusiones últimas de su doctrina jurídico-política.

II. LOCKE: LA FUNDAMENTACIÓN DEL LIBERALISMO

John LOCKE (1632-1704), que en el campo de la filosofía es el más notorio representante del empirismo inglés, tiene también un lugar destacado en la historia de pensamiento político en cuanto que con toda justicia es considerado como el iniciador del liberalismo[5].

1. «Status naturalis» y «status civilis»; el pacto

Parte LOCKE, como todos los autores que venimos estudiando en este capítulo y en el anterior, del «estado de naturaleza» de la humanidad primitiva, del que ofrece, sin embargo, dado su radical optimismo antropológico, una versión totalmente distinta de la de HOBBES, cargado, como sabemos, de un negro pesimismo. Lejos del *bellum omnium contra omnes*, considera que en el *status naturalis* prevalecen el orden y la razón porque los hombres, incluso en esa situación, son ya sociables, faltándoles únicamente la integración en órdenes políticos organizados; como con toda precisión distingue, el *status naturae* es un estado anterior a la organización política, prepolítico, pero no un estado presocial. En él existen ya unos derechos naturales, fundamentalmente el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, los cuales son poseídos por todos los hombres por cuanto todos son iguales: «El estado de naturaleza —dice— tiene una ley de naturaleza que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad, apenas es consultada por ésta,

[5] El talante liberal de LOCKE no fue sólo una posición teórica, sino que inspiró toda su actuación en la vida política de Inglaterra: su intervención activa en contra del absolutismo de los Estuardos restaurados le obligó, bajo el reinado de Carlos II, a huir a Holanda, donde hubo de permanecer cinco años hasta regresar a su patria al triunfar la revolución de 1688 que ofreció el trono inglés a Guillermo de Orange. LOCKE es, en relación con esa revolución, lo que ROUSSEAU respecto de la francesa de 1789.

que, siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, en su salud, en su libertad y en su propiedad». Para LOCKE, sin embargo, resulta también necesaria la constitución del Estado al reconocer que, no existiendo ninguna autoridad, la interpretación y la tutela de esos derechos quedan entregados a los propios titulares, que no siempre obrarían con la debida objetividad; es preciso, por consiguiente, una organización que se encargue de dirimir los litigios y de defender los derechos de los individuos cuando sean vulnerados.

Una vez más vemos aparecer la figura del pacto como procedimiento para pasar del *status naturalis* al *status civilis*, pero con la gran diferencia de que en LOCKE no hay, como en HOBBES, entrega de derechos al Estado; por otra parte, la sumisión de los ciudadanos al poder político constituido se ofrece a cambio de que el Estado garantice el libre y pacífico disfrute de unos derechos ya existentes en el *status naturalis*, que los súbditos siguen conservando en la nueva situación y que el propio Estado tiene que ser el primero en respetar.

2. El iusnaturalismo de LOCKE

LOCKE vino a salvar la teoría del derecho natural del naufragio a que la había conducido HOBBES, volviendo a asignarle el papel de fundamento de las leyes positivas, ya que éstas han de ser dictadas de modo que se haga efectiva la misión de tutela de los derechos naturales. El derecho natural encauza el sentido y alcance del derecho del Estado, que *no puede violar* los derechos naturales del individuo. Las leyes positivas no pueden atentar contra la propiedad, ni menoscabar caprichosamente la libertad, ni atentar contra la integridad de conciencia y de pensamiento de los sujetos, pues ella constituye también un derecho natural; por esta razón, LOCKE se pronuncia en favor de la separación entre la Iglesia y el Estado.

En sólo cuarenta años, desde 1651 en que se publica el *Leviatán*, hasta 1960, fecha de aparición de la primera edición de la obra de LOCKE *Dos tratados sobre el gobierno civil*, el pensamiento jurídico-político inglés ofrece dos posiciones antagónicas: el desconocimiento de los derechos naturales y la justificación del poder absoluto en HOBBES (recuérdese, no obstante, la matización que antes se hizo sobre la posibilidad de una interpretación liberal de este autor); la afirmación de los derechos naturales y la justificación en ellos de una organización estatal que los tutele en LOCKE. Con otra consecuencia importante: que el *locus* o sede del poder pasa del Estado al pueblo, que controla ahora al Estado y le exige una rendición de cuentas. Por supuesto, en el régimen liberal el orden y la paz, como ya no son valores supre-

mos, son realidades sociales mucho más vulnerables, pero es un riesgo que hay que correr [6].

La influencia de LOCKE en los autores posteriores ha sido grande y sus ideas modelaron todo el movimiento liberal posterior en Europa y también en América: el texto de la Declaración de independencia de los Estados Unidos contiene rasgos inconfundiblemente lockianos. No se olvide, en fin, que LOCKE fue el que inició la doctrina de la separación de poderes que más tarde elaboraría MONTESQUIEU de forma más acabada.

III. ROUSSEAU: LAS BASES DE LA DEMOCRACIA

Si LOCKE es el doctrinario del liberalismo, Juan Jacobo ROUSSEAU (1712-1778) sienta las bases de la teoría democrática moderna. La formación cultural del ginebrino fue fragmentaria y esporádica, como obtenida a través de lecturas en absoluto programadas, con grandes lagunas que con frecuencia asoman a sus escritos. Sin embargo, su pluma fácil y lo sugestivo de sus doctrinas le hicieron ser uno de los pensadores más influyentes en la Francia del último tercio del siglo XVIII.

1. «Status naturalis» y «status civilis»; el pacto

La doctrina de ROUSSEAU se acomoda al esquema a que ya estamos acostumbrados: descripción del estado de naturaleza, tránsito al estado civil y organización jurídico-política de éste. El *status naturalis* rusoniano no es ni el de HOBBES —una humanidad antisocial en continua lucha—, ni el de LOCKE —una humanidad social que lleva una existencia laboriosa y activa—, sino que nos presenta una humanidad simplemente «asocial»; los hombres no luchan entre sí, pero tampoco se relacionan, viviendo con absoluta indiferencia los unos respecto a los otros. Su existencia es feliz, casi idílica; una existencia en la que la naturaleza cubre generosamente todas las necesidades,

[6] Pretender, con HOBBES, mantenerlas a toda costa equivaldría —como escribe LOCKE en el segundo de los *Dos Tratados*— a decir que «las gentes honradas no tienen derecho a ofrecer resistencia a los ladrones y a los piratas, ya que esto puede dar lugar a desórdenes y derramamientos de sangre. Cuando en casos semejantes ocurren desgracias, no hay que culpar de ellas a quienes defienden su derecho, sino a quienes atropellan el de su vecino. Si el hombre inocente y honrado tiene que entregar por amor a la patria todo cuanto posee y no ofrece resistencia a quien le pone violentamente las manos encima, yo aconsejo que quienes tales cosas dicen, piensen en que clase de paz sería la que reinaría en el mundo si la paz consiste en la violencia y rapiña y ha de ser mantenida únicamente en favor de los ladrones y los opresores. ¿Verdad que sería una paz admirable la que reinaría entre el fuerte y el débil si el cordero presentase sin la menor resistencia su cuerpo para que lo degollase el prepotente lobo?» (traducción de A. Lázaro Ros).

reinando la armonía y la paz como consecuencia de la *bondad natural* del hombre; todos los hombres son, además, *iguales*, porque nada hay que pueda diferenciarlos, y *libres*, puesto que ninguno está en situación de dependencia respecto de otro.

Pero si este estado natural era una situación de privilegio para la Humanidad, ¿por qué se constituyó el *status civilis*, por qué los hombres abandonaron el paraíso? La razón para ROUSSEAU está en que hubo un momento en que se corrompió aquella primitiva naturaleza virginal, lo cual aconteció precisamente por la aparición de la propiedad privada aquel día aciago en que a un insensato se le ocurrió la idea de cercar un trozo de terreno y decir: «¡Esto es mío!», pretendiendo disponer de aquella tierra con exclusión de los demás; allí comenzó la desigualdad y se engendró en los hombres el deseo de dominio y las pasiones que le acompañan [7].

Para remediar el desequilibrio que había sobrevenido, es decir, para atajar en lo posible las consecuencias de ese desequilibrio, hubo de pasar la Humanidad al estado social. La creación de la sociedad civil es, por consiguiente, un mal necesario y, puesto que es irremediable, lo mejor que puede hacerse es organizarla de modo que el hombre se sienta en ella garantizado en sus derechos fundamentales. La fórmula rusoniana es la del *contrato social* (éste es el título de la más conocida obra de ROUSSEAU), que tampoco considera el ginebrino como un hecho histórico: «¿Cómo se realizó ese paso? Yo mismo lo ignoro». En virtud del pacto, todos los hombres ceden al Estado la totalidad de los derechos que poseían en el *status naturalis*, pero el Estado no conserva esos derechos, como en HOBBES, sino que los devuelve a los hombres transformándolos en derechos civiles o, lo que es lo mismo, garantizados y protegidos por las leyes. De esta manera, el hombre –ya ciudadano– conserva todos los derechos naturales que poseía en la situación anterior, pero bajo la forma ahora de derechos civiles, y muy especialmente los dos fundamentales: el de la *igualdad* y el de la *libertad*. Puesto que el Estado devuelve como derechos civiles los que eran naturales y éstos son idénticos en todos los hombres, todos los ciudadanos poseen una misma dotación jurídica fundamental; por otra parte, aunque los hombres están ligados entre sí por el contrato, no dependen de ninguno en particular, sino del Estado, y de ahí que conserven la libertad que poseían en el estado natural. Salvar la libertad natural es lo que obsesiona a ROUSSEAU, quien se esfuerza por ello en «hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la que cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes».

[7] ROUSSEAU no considera el estado de naturaleza como un período efectivamente vivido por la Humanidad y expresamente afirma que tal estado «acaso no ha existido jamás»; para él es el *status naturalis* una mera hipótesis: las cosas son como si hubiese existido una situación tal, de la que se hubiera pasado al estado civil.

dose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes».

Con harta frecuencia se afirma que ROUSSEAU es el inspirador del concepto moderno de democracia y, en efecto, hay en su obra ideas germinales para tal concepción política. Pero no es menos cierto que —igual que en HOBBES, pero en sentido contrario— cabe también interpretar su doctrina de modo diametralmente opuesto. «El carácter, unas veces paradójico y otras contradictorio, de no pocas fórmulas de ROUSSEAU —escribe TRUYOL— ha permitido, más que en otros autores, diferentes lecturas de su obra, dando lugar a interpretaciones divergentes de la misma. En realidad, los textos de ROUSSEAU dan pie para la interpretación autoritaria y la liberal, según el lugar donde se ponga el acento. Es indudable su posición democrática. Pero creemos difícil no tener que calificar de totalitaria, o por lo menos autoritaria, la democracia rusoniana, si nos atenemos al tono dominante».

2. El iusnaturalismo rusoniano

En cuanto a nuestro tema en particular, no cabe duda de que existe en la doctrina rusoniana un iusnaturalismo, al reconocerse que en el *status naturalis* ostentaban ya los hombres un conjunto de facultades y que son, por tanto, *derechos naturales.* Estos, sin embargo, desaparecen al constituirse el Estado, de manera que en la situación de comunidad social no existen esos derechos naturales, que han sido sustituidos por los derechos civiles; los cuales, como son mera transformación de los naturales, conservan los caracteres de «sagrados e inviolables» que éstos tenían. Así pasaron a la «Declaración de derechos del hombre y del ciudadano», de 1789. Junto a ese iusnaturalismo que podríamos llamar «subjetivo», en cuanto que hace alusión a las facultades, hay también en ROUSSEAU alguna mención de un ordenamiento natural que está por encima del derecho positivo e incluso vinculándolo con Dios, a la manera clásica de los escolásticos, pese al desprecio con que el ginebrino se refirió siempre a ellos. Dice textualmente en el *Contrato social:* «Lo que está bien y es conforme con el orden es así por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia viene de Dios y sólo El es su fuente; pero si supiéramos que la recibimos de tan alto no necesitaríamos ni Gobiernos ni leyes».

LECCION XXXI

EL IUSNATURALISMO EN LOS SIGLOS XIX Y XX

I. Caracterización filosófica del siglo XIX: el predominio del positivismo y del historicismo

El pasado siglo es el más complejo y heterogéneo en lo que se refiere a la producción filosófica, constituyendo un polícromo mosaico de sistemas y direcciones del más variado sentido, entre los que no siempre puede descubrirse un parentesco. Por lo pronto, todo el siglo aparece dominado por la influencia de Kant: por el idealismo –en el que culmina el criticismo kantiano– durante la primera mitad de la centuria (Fichte muere en 1814, Hegel en 1831, Schelling en 1854...), y por las escuelas neokantianas –que ensayan una nueva interpretación del filósofo de Königsberg– durante la segunda.

Pero, paralelamente, el siglo XIX ve aparecer un numeroso repertorio de movimientos filosóficos, algunos de los cuales se desarrollan y decaen dentro de los límites de la centuria, mientras que otros se prolongarán hasta bien entrado el siglo XX; entre los primeros se encuentran el tradicionalismo o filosofía de la restauración, con especial cultivo en Francia; y entre los que se extienden al siglo presente figuran el positivismo, igualmente originado en el país vecino, y el materialismo, el vitalismo y el historicismo, iniciados en Alemania.

1. La reacción frente al racionalismo

En general, en los sistemas filosóficos del siglo XIX –aparte del idealismo y de las direcciones neokantianas– hay mucho de reacción contra el pensamiento racionalista, y más concretamente contra la Ilustración, que fue la

culminación de aquél. El racionalismo había reducido la realidad a esquemas fríos, impecables y rigurosos, marginando cuanto pudiera significar imaginación, espontaneidad, vida y dinamismo, que serán por ello los factores que se exalten en la filosofía decimonónica.

Frente a la metafísica racionalista, que, al encasillar todo en conceptos, daba una imagen estática del mundo, distribuida en quietas fotos fijas, por decirlo así, produciendo un *morcelage* o troceamiento de la realidad –la afortunada expresión es de BERGSON–, el *vitalismo* opone la continuidad y flujo constante y variante de la vida; frente a esa misma metafísica, plena de abstracciones, el positivismo busca soluciones menos rígidas a través del camino de la experiencia, que opone al apriorismo de la etapa anterior. Contra la afirmación de que el hombre, iluminado por la razón, es el autor de todo –las ciencias son construcciones racionales, el lenguaje es el resultado de una convención, el Estado ha nacido de un pacto–, con el consiguiente alejamiento de Dios, el *tradicionalismo* predica la vuelta al pasado anterior a la etapa iluminista, buscando en la tradición la restauración de la autoridad divina y aun de la autoridad temporal, rotas violentamente por la Revolución, que consideraba producto de la mente ilustrada. Frente a la concepción de una realidad fija e inmutable, expresada en el rigor necesario de lo matemático, el *historicismo* y el *evolucionismo* proclaman el sometimiento de esa realidad al dinamismo incesante de la Historia.

Si quisiéramos reducir a un común denominador todas estas corrientes filosóficas, habríamos de concretar sus posiciones en dos notas dominantes: la hostilidad hacia la metafísica y la decidida predilección por la explicación histórica de la realidad; de ahí que sean las corrientes positivista e historicista las que revisten un mayor interés en el variado panorama filosófico del siglo XIX.

2. El positivismo filosófico

El positivismo jurídico –en cuanto doctrina negadora de todo objetivismo jurídico, con la consiguiente afirmación de que no existe otro derecho que el positivo– se ha manifestado en diversos momentos históricos; recuérdese, por ejemplo, el escepticismo griego. Pero cuando la corriente se produce de manera más generalizada es precisamente en el siglo XIX, lo cual no puede sorprender si tenemos en cuenta que el pensamiento filosófico de esa centuria estuvo dominado, en buena parte, por una actitud positivista [1].

[1] La palabra *positivismo* puede recibir, y de hecho ha recibido, muy diferentes contenidos significativos, lo que permite afirmar que, en un sentido amplio, en la historia de la filosofía han aparecido no pocas manifestaciones positivistas. Sin embargo, de modo estricto se entiende por positi-

El positivismo no es, desde luego, una escuela, sino una especial y nueva forma intelectual, un hábito mental que dominó, desde mediados de la pasada centuria, el pensamiento europeo, extendiéndose a todas las manifestaciones culturales. En filosofía caracterízase por una exclusiva atención hacia los datos empíricos; el conocimiento humano, conforme a las tesis positivistas, se nutre tan sólo de la experiencia, y por ello únicamente pueden afirmarse como reales las cosas que conocemos directamente, los *datos positivos* que nos suministra la experiencia, los hechos físicos y psíquicos de los que tengamos *conocimiento inmediato*. Esta postura trae consigo una consecuencia inevitable: la negación de la metafísica.

A la aparición del positivismo cooperan fundamentalmente, entre otros, dos factores: los precedentes filosóficos y el ambiente científico de la época. En cuanto a los primeros, el precedente remoto está, claro es, en el empirismo inglés, pero de modo más cercano en KANT (influido a su vez por los empiristas, como sabemos) quien, con su explicación del conocimiento, pone los presupuestos para el advenimiento del positivismo, aunque él no fuera, desde luego, un positivista.

También contribuye a la aparición y desarrollo del positivismo el ambiente científico del siglo XIX. Es el momento del rápido y fulgurante auge de las ciencias de la naturaleza, que, como es obvio, favorecen la atención hacia lo empírico al mismo tiempo que muestran un mundo sometido a una inflexible causalidad física.

3. El positivismo jurídico

En el campo jurídico, el positivismo reacciona vivamente contra lo que de metafísico pueda haber en el derecho, que no es otra cosa que el derecho natural, entendiendo por tal cualquier concepción, del matiz que sea, que afirme la existencia de un orden metaempírico de valores jurídicos. No se reconoce más realidad jurídica que la que podamos conocer, de forma inmediata, empírica, esto es, el derecho positivo contenido en las leyes dictadas por el Estado. La filosofía del derecho, por tanto, no tiene otra misión que la de dedicarse al estudio de esa normatividad positiva, siendo ilícito todo intento de ir más allá de lo que el derecho positivo es, pues ello significaría una postura metafísica.

Las manifestaciones del positivismo jurídico fueron muy numerosas y variadas durante el siglo pasado y, en general, proceden de juristas y no de

---

vismo la escuela o dirección que reconoce su origen en Augusto COMTE (1798-1857), quien creó un sistema notablemente riguroso que comprende una teoría de la ciencia, una pretensión pedagógica de reforma de la sociedad y una nueva religiosidad.

filósofos del derecho, pues la ciencia jurídica del siglo XIX aspira a suplantar, en no pocos casos, a la filosofía del derecho. En cuanto a la actitud negadora del derecho natural hay dos tipos de positivismo jurídico: el que de modo directo ataca la idea iusnaturalista adoptando una postura de franca y abierta hostilidad hacia ella, como es el caso, por ejemplo, de BERGBOHM, y diferentes direcciones en las que dicha negación no constituye el punto programático central, sino que resulta ser mera consecuencia de los postulados que animan sus doctrinas.

Adviértase que, en realidad —y de modo paralelo a como lo hemos señalado en el positivismo filosófico— no hay un positivismo jurídico en el sentido de escuela ni de núcleo o conjunto sistemático de afirmaciones, de doctrina unitaria que pudiera recibir ese nombre. El positivismo jurídico es más bien un punto de llegada en el que vienen a coincidir autores e ideas de muy distintas procedencias y que a veces no tienen otra conexión que ese denominador común en el que han acabado encontrándose, el denominador común de la negación del derecho natural. Iusnaturalismo y positivismo jurídico aparecen así como dos posiciones antagónicas, pero integrada la segunda por un conjunto heterogéneo de corrientes y pensadores, sólo unidos por la negación de la otra. Examinamos a continuación las más importantes de esas corrientes.

A) Una postura positivista, por más que se aferre al derecho positivo, no puede renunciar a la tarea de elaborar una ciencia del derecho, es decir, un estudio teórico del mismo. Quizás el positivismo jurídico, al faltarle la justificación del derecho por un ordenamiento suprapositivo, esté especialmente necesitado de buscar una construcción científica de lo jurídico. Esto es lo que se pretende en la *Teoría general del derecho,* cuyo principal representante es Adolfo MERKEL.

Las diferentes ramas del derecho son susceptibles de estudiarse distinguiendo en cada una la parte «especial» que se ocupa de las instituciones concretas de la rama en cuestión, y la parte «general», en la que se consideran las líneas fundamentales que inspiran la disciplina de que se trate; así, hay una parte general del Derecho civil, del Derecho penal, del Derecho administrativo, etc., que se obtienen por inducción o reducción de las instituciones que se estudian en las respectivas partes especiales. Pues bien, si se procede a una segunda inducción, abstrayendo lo que de común pueda haber en las partes generales, podremos construir una parte general, pero no de esta o aquella rama jurídica, sino de todo el derecho. Nace así lo que MERKEL llamó «Teoría general del derecho», en la que se contendrán las afirmaciones básicas de lo jurídico, los criterios inspiradores de todo el ordenamiento.

B) Un precedente de la Teoría general del derecho lo constituye, en Inglaterra, la *Escuela de jurisprudencia analítica,* fundada por AUSTIN. Preten-

de esta autor llegar a la construcción de una ciencia sobre la base de los conceptos jurídicos. Para ello, realiza un análisis de los ordenamientos jurídicos de las sociedades más avanzadas (parte, por tanto, de la experiencia, del dato empírico), análisis que proyecta sobre destacadas realidades jurídicas: el propio derecho, el mandato, la responsabilidad, la norma, la sanción, el derecho subjetivo, etc. El resultado es un repertorio de conceptos analíticamente depurados aptos para construir una concepción general del derecho. La diferencia de esta postura respecto de la Teoría general del derecho está en que mientras ésta limita su estudio al derecho alemán, AUSTIN utiliza un método comparativo que alcanza a todos los ordenamientos jurídicos.

C) El análisis comparatista iniciado por AUSTIN dio la pauta de actuación a un grupo de pensadores alemanes e ingleses (BACHOFEN, MAINE, POST, etc.), reunidos en la *Escuela de derecho comparado.* Lo que persiguen los autores de esta dirección es llegar a obtener unos principios jurídicos generales del derecho procediendo para ello a estudiar comparativamente los fenómenos jurídicos que se manifiestan en los distintos ordenamientos y dando una especial relevancia a los aspectos históricos, pues entienden que el examen comparado de una misma institución en varios pueblos de distintas épocas, aparte de ilustrar acerca de la evolución del derecho, permite una visión más amplia en la tarea de obtener los conceptos jurídicos generales.

Una modalidad de la escuela la constituye la *Etnografía jurídica,* cultivada especialmente por POST, en la que se comparan los fenómenos jurídicos de los pueblos con las características étnicas de los mismos, lo que le permite concluir que hay un cierto paralelismo entre unos y otras.

En cualquier caso, parece evidente que la Escuela de derecho comparado ha de colocarse, como las anteriores, en la línea del positivismo jurídico en cuanto que saca sus conclusiones del estudio de la experiencia jurídica, de la consideración de los ordenamientos jurídicos positivos; pero es más ambiciosa que las otras direcciones al pretender una especie de universalización, en el espacio y en el tiempo, de los principios generales del derecho.

D) Aludiremos, por último, a una interesante manifestación del positivismo jurídico a cargo del jesuita austríaco Eugenio ERLICH, fundador de la *Sociología jurídica,* disciplina que desde su creación, en la primera década de este siglo, ha adquirido un notable desarrollo hasta el punto de ser hoy autónoma respecto de la filosofía del derecho.

Para ERLICH, el derecho no procede del Estado ni de los Tribunales, sino de la sociedad misma, entendiendo esto no es el sentido en que se pronunciaba la Escuela histórica, sino afirmando que las instituciones sociales existen ya como fenómenos del grupo antes de las normas, las cuales nacen, precisamente, para dar regulación a aquéllas. «Las disposiciones que regu-

lan el matrimonio y la familia –dice– presuponen la existencia del matrimonio y la familia»; o también: «durante siglos los hombres han recibido patrimonios mediante sucesiones antes de que se formularan las reglas sobre sucesiones».

Es cierto que ERLICH niega que el derecho proceda del Estado, pero su concepción sigue siendo positivista al asentar y fundar el derecho en el dato empírico ofrecido por las relaciones sociales.

Las direcciones aludidas no son, ni mucho menos, las únicas que se manifiestan en la pasada centuria. Como acertadamente dice el profesor LEGAZ, «el positivismo, la oposición a la metafísica, es el signo de la época, y positivista es –salvo raras y esporádicas excepciones– todo lo que se produce en el campo del derecho».

4. El historicismo: la Escuela histórica del derecho

La segunda gran corriente de pensamiento en el siglo XIX, que, como el positivismo, afectó a un amplio espectro de la producción filosófica de la centuria, es el historicismo.

El iluminismo del siglo XVIII, al confiar todo a la razón, rechazó cuanto significara leyenda y tradición, porque en la formación de las mismas no podía verse un producto intelectual, sino en gran parte sentimental, manifestación de un a manera de instinto popular. Por otra parte, la mentalidad iluminada no podía concebir la existencia –en la cultura y en la vida del hombre– de construcciones que no tuvieran su origen en la metódica función de la razón, sino que fueran el resultado de un paulatino proceso de formación espontánea a lo largo del decurso de la historia. El iluminismo –y en realidad todo el racionalismo, como ya hemos dicho anteriormente– fue ahistórico e incluso antihistórico.

Como reacción, según se dijo más arriba, contra este modo de pensar, nace y alcanza extraordinario desarrollo durante el siglo XIX el movimiento historicista, que afectó a todas las manifestaciones culturales: la filosofía, la literatura, el arte, las concepciones políticas... y también el derecho, dando lugar a la llamada *Escuela histórica del derecho* que se desarrolló durante los dos primeros tercios de la centuria [2].

5. Sus ideas básicas: la «nación» y el «espíritu popular»

La doctrina de la Escuela histórica se asienta sobre dos nociones fundamentales: la de *pueblo* o *nación* y la de *espíritu popular (Volksgeist)*. Fue

[2] Sus principales representantes son: GUSTAVO HUGO (1764-1840), que fue quien la inició, Jor-

SAVIGNY quien elaboró la primera: el pueblo o nación es un conjunto de individuos unidos entre sí por unos sentimientos, tradiciones, lengua y pasado común, factores todos ellos que prestan unidad a la pluralidad individual y permiten hablar de una a modo de «personalidad» del pueblo; cada nación tiene su personalidad o manera de ser que le identifica, como sucede con los individuos. En esta tesis se advierte ya una clara posición historicista y enfrentada, por tanto, al iluminismo, que no manejó la idea de nación, sino la de Estado, que es un producto artificial frente a la naturalidad del pueblo (obsérvese la idéntica raíz filológica de *natio y natura):* el Estado ha podido nacer del pacto, en tanto que la nación es el resultado de un proceso histórico, a menudo muy largo, que ha ido creando unos lazos de solidaridad y culturales entre los individuos. La distinción entre Estado y nación era importante para un alemán del siglo XIX, pues permitía hablar de la unidad de la nación alemana pese a estar dividida en numerosos Estados.

En cuanto al *Volksgeist* o espíritu popular (término que procede de HEGEL y que PUCHTA utilizó por primera vez dentro de la Escuela), se concibe como un principio que anima a cada pueblo y que impulsa sus creaciones: la lengua, las tradiciones, las costumbres, la música y la danza, los estilos de vida y también, por supuesto, el derecho.

Este, por consiguiente, no es un producto obtenido por deducciones racionales, a partir de determinados principios básicos e inmutables, sino que es, como el arte, el lenguaje o el mismo sentimiento religioso, una creación popular. Por eso es distinto el derecho de cada pueblo, como son diferentes las costumbres o el idioma, y aun dentro de la comunidad nacional (que no siempre coincide con el Estado) puede haber regionalismos lingüísticos como pueden darse también peculiaridades jurídicas regionales. El derecho procede, pues, del pueblo por un a modo de emanación del *Volksgeist:* es creado, como dice SAVIGNY, »por fuerzas internas y calladas, no por la voluntad de un legislador». A pesar de ser el derecho una creación espontánea, y en tanto que tal irracional, no hay peligro de que en su formación intervengan factores arbitrarios ni que se produzca al azar, pues su desenvolvimiento se realiza presidido por una «ley de necesidad interna» de la que es expresión la «convicción común del pueblo» [3].

La formación del derecho tiene, para la Escuela histórica, dos momen-

---

ge Federico PUCHTA (1798-1846) y Federico Carlos SAVIGNY (1779-1861), considerado como jefe de la Escuela; debiendo también mencionarse a Federico Julio STAHL (1802-1861), que aunque no propiamente jurista, fue el filósofo teorizante del grupo.

[3] Conviene tener en cuenta que, en la terminología filosófica, el término *irracional* no posee el mismo significado que el que le atribuye el lenguaje corriente; para éste, irracional quiere decir carente de razón, ilógico o disparatado, mientras que en el terreno de la filosofía aquel adjetivo se aplica a lo que no ha sido producido por una actividad reflexiva y consciente de la facultad pensante, pero ello no quiere decir que ese producto no tenga una coherencia, un orden interno, una estructura perfectamente asumible por la razón.

tos: en una primera etapa aparece el *derecho popular* que es el consuetudinario en su más pura expresión, el que se engendra en los hábitos populares. Mas es claro que tal derecho únicamente es eficaz en comunidades primitivas y de trama muy simple. Tan pronto aquéllas adquieren una estructura más compleja se hace preciso un derecho más concreto más delimitado y menos desdibujado que el que ha surgido espontáneamente de la convivencia social. Esa tarea de depuración y desarrollo de los principios jurídicos populares corresponde a la clase de los jurisconsultos, naciendo así el *derecho de los juristas*, los cuales, sin embargo, no tienen nunca una función de «creación» del derecho, siendo su misión respecto de éste similar a la de los gramáticos para con la lengua: no la crean, sino que la estudian y depuran, extrayendo y sistematizando sus reglas.

6. Actitud de la Escuela histórica ante el derecho natural

Si una de las notas que caracteriza al derecho natural es su inmutabilidad, y si la Escuela histórica puso su énfasis en la afirmación de la esencial mutabilidad del derecho, fácil es deducir que SAVIGNY y sus seguidores marginaron la idea iusnaturalista. Sería, sin embargo, exagerado calificarles como antiiusnaturalistas. Partiendo de sus postulados centrales, la Escuela histórica no podía, desde luego, admitir un derecho fijo y permanente que ni siquiera se justificaría por su procedencia a partir de la naturaleza humana, ya que también ésta se halla afectada por el principio evolutivo, siendo —con palabras de STAHL— una naturaleza «determinada por la individualidad. el ambiente, el destino, el tiempo, la materia; en suma, por la historia».

Por otra parte, la exaltación y la proclamación a los cuatro vientos por los revolucionarios franceses de los derechos naturales, hizo que para muchos quedara ligado para siempre el iusnaturalismo con aquella ideología y considerado, por ende, como algo vitando para los espíritus conservadores; el propio STAHL confesaba que se oponía al derecho natural por entender que conduce inevitablemente a la revolución.

Como se ve, el no reconocimiento del derecho natural es en la Escuela histórica algo circunstancial e indirecto, como un corolario que se desprende de sus tesis, pero sin que se dé una postura buscada y consciente de hostilidad. Casi cabría decir que SAVIGNY y los suyos se desentendieron de la idea de derecho natural, dejándola a un lado pura y simplemente, y, desde luego, como STAMMLER puso de relieve, nunca la Escuela histórica demostró científicamente la inexistencia del derecho natural.

Téngase en cuenta, además, que la formulación iusnaturalista que resulta francamente incompatible con la tesis historicista es la de los siglos XVII y XVIII, que es la que dio a la idea un matiz fuertemente racionalista que, ése sí,

no podía por menos de suscitar la radical oposición de SAVIGNY, para quien tenía que carecer de sentido un sistema jurídico al modo rígido, dogmático y definitivo como lo construyeron los autores del racionalismo, quienes, a fin de cuentas, no hicieron, por así decirlo, más que «codificar» el derecho natural. De suerte que, puestos a aceptar una postura antiisnaturalista por parte de la Escuela histórica, tal oposición se habría formulado de modo concreto contra un iusnaturalismo determinado, pero no contra la idea iusnaturalista en abstracto.

II. DECADENCIA DEL IUSNATURALISMO EN EL SIGLO XIX

Las explicaciones filosóficas de la realidad jurídica están estrechamente vinculadas, como es obvio, a las corrientes filosóficas generales que predominan en cada momento histórico. Si en el siglo XIX, como hemos visto en las páginas que anteceden, el pensamiento cristalizó, en líneas generales, en torno a las dos dimensiones dominantes del historicismo y del positivismo, fácil será deducir que la centuria pasada fue, para el derecho natural, una etapa de languidez, tanto en el aspecto cuantitativo –los iusnaturalismos estuvieron en franca minoría– como en el cualitativo, pues los partidarios del derecho natural no se destacaron precisamente por su originalidad, limitándose, en general, a encastillarse en las vetustas posiciones escolásticas, cerradas e impermeables a cualquier aportación y en las que hasta los últimos lustros de siglo no se produjo la necesaria renovación, operada a partir de la publicación, en 1879, de la encíclica *Aeterni Patris,* de León XIII. Sólo la enorme vitalidad de la idea iusnaturalista pudo impedir que aquel debilitamiento no se transformara en un eclipse definitivo, y así, aquellas modestas posiciones pudieron enlazar, sin solución de continuidad, con el auge renovador del derecho natural que nuestra centuria ha contemplado [4].

El iusnaturalismo del siglo XIX se manifestó, sobre todo, dentro del campo católico, con nombres como los del jesuita Teodoro MEYER y del conde de HERTLING, en Alemania; de ROSMINI, TAPARELLI, LIBERATORE y PRISCO, en Italia; ORTI y LARA, el dominico Ceferino GONZÁLEZ, el jesuita URRABURU,

[4] Buena prueba de que el iusnaturalismo no dejó de tener vigencia ni siquiera en pleno positivismo la tenemos en que así lo reconocía, con cierta amargura y evidente exageración, BERGBOHM, uno de los más ardientes enemigos del derecho natural –«hierba nociva» que pretendía desarraigar– quien escribía en 1892: «La creencia en otro derecho que no sea el positivo de ninguna manera ha muerto por completo, sino que más bien está en plena florescencia. No se adhieren a él sólo los filósofos, moralistas, economistas y políticos; en las obras de Filosofía del Derecho domina en absoluto y en los demás escritos de las ciencias jurídicas está ricamente representado: la literatura de casi todo el mundo civilizado está penetrada del derecho natural». Los ataques que se le han dirigido, añadía, han sido ineficaces e incluso han contribuido a fortalecerle: «Se ha cortado a la hidra una de sus cabezas y en su lugar han brotado diez».

Rodríguez de Cepeda, Luis Mendizábal y el marqués de Vadillo, en España, etc. También se manifiesta el iusnaturalismo dentro de la filosofía de Krause, especialmente en sus discípulos, como Ahrens, que ejerció, por cierto, una no pequeña influencia en el llamado krausismo español.

III. Panorama del pensamiento filosófico del siglo XX

Estrictamente hablando, la reseña histórica del iusnáturalismo que hemos venido trazando en los capítulos precedentes debiera haber terminado con la referencia al pensamiento del siglo XIX; porque lo sucedido en lo que va de la centuria presente es, claro está, pasado, pero no pasado histórico [5].

Por otra parte, como las escuelas, corrientes y direcciones filosóficas se van gestando en un dinamismo que se desarrolla en el tiempo, ignoramos necesariamente hasta qué punto las que hoy son vigentes han concluido su evolución, siendo, por consecuencia, arriesgado hacer afirmaciones definitivas y otorgar calificaciones que acaso sean desmentidas por el posterior curso de los acontecimientos; tanto más cuanto que en nuestra época, cada vez en mayor medida y por la incidencia de muy complejos factores, la mutación del mundo de las ideas se halla sujeta a un ritmo que no sería exagerado adjetivar como vertiginoso.

Con todas las reservas aconsejadas por las consideraciones que preceden, abordamos la exposición de la trayectoria seguida por la idea iusnaturalista en nuestra centuria, trayectoria que, como es lógico, será congruente con los caminos seguidos por la filosofía, que será preciso conocer, aunque sea de modo somero; en lo que sigue comprobaremos que si complejo fue el panorama filosófico del siglo XIX, no le va a la zaga en ese aspecto la centuria que vivimos.

1. El neopositivismo

Si bien el momento culminante del positivismo se produjo, como sabemos, en el siglo XIX, sus postulados siguen vigentes en el actual, a través, por un lado, del neopositivismo y, por otro, de las corrientes sociológicas. Al ter-

[5] No todo pretérito, por serlo es ya histórico. La historia requiere una cierta perspectiva temporal para una visión adecuada y, sobre todo, para una correcta interpretación de los acontecimientos; si hoy nos aparecen como perfectamente claras y delimitadas las corrientes filosóficas de hace cien o doscientos años, probablemente no lo serían para quienes las vivieron y contribuyeron a fraguarlas. Así como para ver un paisaje hace falta una lejanía, para historiar una época es menester también una separación en el tiempo, evitando así, con la imagen clásica, que la proximidad de los árboles impida ver el bosque.

minar el primer tercio de nuestro siglo (concretamente en 1929) se funda el *Círculo de Viena,* que agrupa en aquella ciudad a cierto número de profesores de filosofía y científicos, y en cuyo programa se afirma claramente el propósito de revalorizar los que constituyeron puntos fundamentales del positivismo, razón por la que la doctrina del Círculo haya sido calificada como *neopositivismo.* Su posición es, como la del positivismo, claramente antimetafísica, llevándola además al terreno de la construcción de la ciencia; no sólo admite únicamente la experiencia como fuente de conocimiento, sino que sostiene que las proposiciones científicas solamente son válidas cuando poseen *verificabilidad,* es decir, cuando se pueden comprobar o verificar experimentalmente.

Esta dirección tiene a su favor el constituir un esfuerzo laudable para depurar el conocimiento científico. Toda ciencia se halla integrada por proposiciones o asertos, afirmaciones acerca del objeto de la ciencia en cuestión; pero cabe pensar si esas proposiciones manejadas ordinariamente están suficientemente contrastadas (escrúpulo que en la historia de la filosofía tiene precedentes, como los de F. BACON, DESCARTES y KANT), por lo que lo prudente será someter a control o depuración las verdades o proposiciones científicas, de modo que sólo se admitan en el sistema de la ciencia aquellas que hayan superado el criterio de la verificabilidad empírica.

El neopositivismo desemboca, realmente, y desde el punto de vista epistemológico, en una actitud relativista, como se evidencia con su afirmación acerca de la verificabilidad de las proposiciones científicas. Pero por eso mismo puede atribuírsele la crítica al relativismo que proviene de la aplicación al mismo de los propios postulados relativistas; en efecto, la tesis, fundamental en esta dirección, de que las proposiciones científicas son válidas únicamente cuando se pueden verificar experimentalmente es una afirmación que, cabalmente, no puede verificarse de modo experimental, luego no puede reputarse como válida.

2. La fenomenología y la axiología

Otra importante dirección de la filosofía contemporánea es la *fenomenología,* fundada por Edmundo HUSSERL, (1859-1938) en su gran obra *Investigaciones lógicas.* La aportación fundamental de la fenomenología consiste en su afirmación de que las esencias ideales son algo dado o revelado a la conciencia y que, por tanto, ni son creaciones de ésta por elaboración de sensaciones –como suponía el empirismo–, ni por intuición del espíritu –como afirmaba el idealismo–, ni, en fin, son tampoco producto de estructuras formales radicadas en mi razón, como propugnaba el kantismo. Con ello, la fenomenología supera los prejuicios típicos de la filosofía moderna

derivados del racionalismo; el espíritu humano vuelve así a ser intelección, penetración de esencias que poseen un correlato en la realidad exterior. La fenomenología es, además, un método de investigación muy empleado en el pensamiento contemporáneo, un método filosófico por el que se afinan, depuran y matizan los datos que se revelan al hacerse la realidad objeto del intelecto humano.

En estrecha relación con la fenomenología se encuentra la teoría de los valores o axiología, fundada –recogiendo algunos precedentes por Max SCHELER (1874-1928), que descubre en las cosas, además del ser, el valor, realidad *sui generis* a la que se refiere el acto de *preferir* Los valores, diferentes del ser, tienen distinta realidad que éste: no son, sino que valen; y no se conocen, sino que se intuyen. Los valores, en fin, no poseen todos igual nivel, por lo que son susceptibles de jerarquizarse en una gradación objetiva que fundamenta, para SCHELER, la nueva ética axiológica.

3. El existencialismo

Sin duda la corriente más extendida durante los últimos lustros y también la que goza de mayor «popularidad» es el *existencialismo* (aunque esa popularidad se basa en la lamentable confusión de la auténtica doctrina existencialista con ciertos comportamientos excéntricos bien conocidos). Decimos que se trata de una corriente difundida porque en el fondo toda la filosofía actual es, de un modo u otro, existencialista en el *sentido amplio* de atender de modo primario al dato de la existencia, abandonando el frío y seco esencialismo de la etapa racionalista.

En *sentido estricto*, sin embargo, el existencialismo es una filosofía bien definida que reconoce como precedente el pensamiento de un autor del siglo XIX, el danés Sören KIERKEGAARD (1813-1855), y que se manifiesta actualmente en varias direcciones, si bien todas ellas responden a unos presupuestos básicos comunes, que pueden sintetizarse en lo que sigue. En primer lugar, el descubrimiento de la *existencia* como algo que viene dado, un algo misterioso e indefinible que es irreductible a la esencia: en toda realidad, lo verdaderamente importante no es su ser, sino su existir, el modo como está en la existencia: precisamente lo que hizo la filosofía racionalista fue ocuparse del ser en abstracto, con olvido de que cada ser tiene su existencia individual y concreta. En segundo lugar, la consideración del hombre como un *existente*, como alguien que día a día, en el desarrollo de su existencia, va forjándose su propio ser. Pero el hombre se encuentra «arrojado a la existencia» es decir, puesto en unas situaciones –que él no ha buscado ni querido– a menudo hostiles y frente a las que se debate en su cotidiano existir; ello da origen al sentimiento de la *angustia*, la cual nace también

de la conciencia que el hombre tiene de su libertad, que le carga con la terrible responsabilidad de ser dueño de su destino [6].

4. La neoescolástica

Los tiempos actuales son testigos de un notorio florecimiento de la filosofía católica, en torno a lo que, desde hace siglos, viene constituyendo el núcleo más importante de la especulación cristiana: la filosofía escolástica, por lo que dicho pensamiento actual se denomina *neoescolasticismo,* el cual recibió un impulso decisivo del pontífice León XIII –como antes se indicó–, al propugnar en la encíclica *Aeterni Patris* (1879) la elaboración de un pensamiento católico moderno inspirado en la tradición escolástica, y concretamente en la tomista. Consecuencia inmediata de esta llamada fue la creación en la Universidad de Lovaina del Instituto Superior de Filosofía, al que siguieron otras fundaciones como el Instituto Católico de París, la Universidad Católica del «Sacro Cuore», de Milán; la Universidad Gregoriana y el Angelicum, de Roma; el Albertinum, de Friburgo (Suiza), etc., pudiendo afirmarse que la corriente neoescolástica se extiende hoy por casi todos los países con alguna tradición cultural, manifestándose en direcciones diferentes que no rompen, sin embargo, la unidad de sentido que el movimiento tiene.

Por supuesto, el neoescolasticismo no es una simple restauración del viejo sistema medieval, sino que pretende una «renovación» del mismo: han transcurrido muchos siglos, han pasado muchas cosas y se han producido en las ciencias progresos demasiados decisivos como para pretender la restauración en bloque de una filosofía que, tal como se produjo en su tiempo, habría de resultar hoy forzosamente anacrónica. De lo que se trata, por tanto, es de adaptar los principios capitales y las líneas directrices de la escolástica a la nueva realidad cultural actualizando sus afirmaciones.

5. Los neokantianos

Importante, especialmente desde el punto de vista de la filosofía jurídica –a través de la figura de STAMMLER, de la que en seguida nos ocupare-

[6] Sobre estas bases se construye la filosofía existencialista, que ofrece una doble vertiente. Pues mientras un grupo de existencialistas pretende superar la angustia buscando el camino de la trascendencia, en la que descubren a Dios, como sucede en BERDIAEFF, en JASPERS o en MARCEL, e incluso como ocurría en KIERKEGAARD (y en nuestro UNAMUNO, que tuvo el mérito de ser el primero en darse cuenta de toda la profundidad del pensador danés); otros, en cambio, cerrados a esa trascendencia divina, tienen que acabar debatiéndose sin esperanza en la tremenda y definitiva angustia de una existencia que conduce a la nada; tal es el caso de HEIDEGGER, de SARTRE o de CAMUS, y de los que con ellos constituyen el existencialismo ateo.

mos—, es el movimiento neokantiano, que florece durante el primer tercio de la centuria presente. Fue todavía en el siglo XIX cuando LIEBMANN proclamó la necesidad de una «vuelta a Kant», para superar, por un lado, el positivismo y el materialismo, y por otro, el historicismo. El movimiento adquirió pronto gran auge en Alemania, provocando no sólo una reactualización del pensador de Königsberg, sino también un esfuerzo por interpretarlo mejor que lo había sido por sus epígonos inmediatos, dando lugar a un «neokantismo» que polariza su atención hacia el problema del conocimiento, especialmente orientado a la revisión crítica de la construcción y estructura del saber científico [7].

6. La vuelta a la metafísica

Como una característica general de la filosofía de los últimos setenta años que ha dominado —con excepciones, claro está— el panorama del pensamiento, debe señalarse el vigoroso renacimiento de la metafísica, o lo que es lo mismo, la decidida oposición hacia las actitudes positivistas, tan frecuentes, como vimos, durante el pasado siglo. La vuelta a la metafísica se hace presente, por supuesto, en la neoescolástica, que no sólo reconoce aquélla, sino que la coloca como centro del sistema filosófico; pero también en la fenomenología y asimismo en el existencialismo, pues la noción del «existente» se construye desde la perspectiva metafísica.

IV. STAMMLER Y LA RESTAURACIÓN DEL IUSNATURALISMO

1. El derecho natural de STAMMLER

Como anteriormente se indicó, durante el siglo XIX no llegó a desaparecer del todo la concepción del derecho natural; puede encontrarse, por ejemplo, un autor como J. OUDOT, que en 1846 hacía afirmaciones tan rotundas como ésta: el derecho natural es «la colección de reglas que es deseable ver inmediatamente transformadas en leyes positivas». Sin embargo, y pese a esos casos aislados, lo cierto es que el embate del positivismo fue tan violento que pudo haber quien al final de la centuria decretó la muerte definitiva del derecho natural.

[7] El movimiento neokantiano se plasmó en dos escuelas que, aunque partiendo de los mismos postulados generales, siguieron caminos distintos: la *Escuela de Baden*, principalmente inclinada hacia las ciencias de la cultura, y la escuela de *Marburgo* o sudoccidental alemana, que dedicó preferente atención a las ciencias de la naturaleza, esto es, las que responden al esquema físico-matemático.

Pero desde comienzos del siglo actual los juristas empiezan a darse cuenta de que no puede prescindirse de unos principios rectores de lo jurídico y de que abandonar el derecho positivo a la sola fuente de la voluntad del Estado no puede conducir sino a la dictadura del poder a través del derecho, al carecer el legislador de toda limitación a la hora de promulgar la norma positiva. Se va reconociendo por doquier que es necesario afirmar la existencia de un cierto orden objetivo más allá y por encima del derecho positivo al que éste debe someterse, lo cual no es, a fin de cuentas, más que una apelación a la multisecular doctrina iusnaturalista.

La reacción a favor de ella va a ser tan rápida y potente que se manifestará en muy diversas direcciones, como tendremos ocasión de comprobar en las páginas que siguen. Pero es de justicia hacer una primera y especial mención de quien también fue el primero en iniciar la reivindicación del iusnaturalismo: Rodolfo STAMMLER (1856-1938), perteneciente a la escuela de Marburgo, antes aludida. Maneja STAMMLER las nociones kantianas de forma y contenido para aplicarlas a la explicación del derecho. El derecho positivo tiene que ser un «derecho justo» (*richtiges Recht*), por lo que debe contarse con un criterio de justicia; tal criterio lo suministra el llamado derecho natural. Pero para STAMMLER éste es una pura *forma*, vacía en sí misma, que recibirá diferentes contenidos en las distintas épocas históricas: el derecho natural nos dirá *qué* es formalmente lo justo en todas partes y en todo momento, pero no lo que es justo en cada momento, pues ello dependerá del contenido histórico que se dé a la forma de lo justo. De ahí que la fórmula de STAMMLER se describa como un *derecho natural de contenido variable*.

Es verdad que el derecho natural así concebido queda reducido a la mínima expresión, como que no es sino una mera «forma» sin contenido alguno; muy gráficamente señala LECLERCQ que la tesis stammleriana representa «un derecho natural cauteloso al que la experiencia ha hecho prudente». Pese a todo ello, siempre habrá de reconocerse en STAMMLER el pionero de este movimiento de restauración del iusnaturalismo que tan abundantes muestras ofrece en la filosofía jurídica contemporánea.

2. La reacción iusnaturalista del siglo XX

El ejemplo de STAMMLER fue seguido de inmediato por numerosos autores, con la consecuencia de que el pensamiento iusnaturalista alcanzara pronto una gran difusión no sólo en Europa, sino también en América, tanto en la del Norte como en la del Sur, si bien en aquélla pugna con una fuerte corriente que pretende explicar el derecho por factores exclusivamente —o preponderantemente— sociológicos. Y tal difusión acontecida en los nueve primeros lustros del siglo, no se produjo solamente entre los filósofos del de-

recho, puesto que fueron también numerosos los juristas —acaso el nombre más destacado a estos efectos sea el del Decano de Nancy, Francois GENY— que dieron acogida en sus doctrinas a la idea de una fundamentación del derecho positivo en un orden trascendente al mismo.

Sin embargo, es en los últimos decenios, a partir del término de la segunda guerra mundial (1945), cuando se ha manifestado una más extensa y más potente floración del iusnaturalismo, hasta el punto de que algún autor habla de un segundo renacimiento del derecho natural, siendo el primero el que se desarrolló desde comienzos del siglo hasta la fecha indicada.

Este iusnaturalismo de hoy ha nacido, según RECASÉNS, «en conexión con hechos históricos de nuestro tiempo y, a la vez, con el surgimiento de otras perspectivas filosóficas». Entre éstas debe señalarse, desde luego, el florecimiento de la filosofía de los valores, que abre paso a una axiología que permite atribuir al derecho un valor en sí y no, en cambio, el valor que quiera darle el legislador. En cuanto a los hechos históricos, la humanidad actual ha recibido la gran lección de hasta dónde puede llegarse cuando el poder es ejercido por los sistemas totalitarios y a qué puede conducir un derecho, manejado por esos sistemas, cuando a ese derecho no se le reconozcan límites impuestos por una normativa superior. Se ha hecho urgente la necesidad de oponer a las veleidades e injusticias de un derecho despótico el freno y la limitación de un orden objetivo absolutamente superior a toda norma humana y en el que se fundamentan unos derechos que ninguna autoridad puede dejar de respetar.

Todas las doctrinas surgidas en esta dirección coinciden, desde luego, en atribuir al derecho positivo un fundamento metaempírico; pero, estrictamente hablando, no todas ellas caben bajo la rúbrica de «derecho natural» —al menos, tal como éste ha sido entendido tradicionalmente—, y, por supuesto, algunas no han sido designadas así por sus propios autores. Por ello, creemos más exacto hablar de *objetivismo jurídico* para referirnos a este vasto movimiento actual, nomenclatura igualmente apropiada para las posiciones radicadas en el iusnaturalismo más clásico como para aquellas otras no coincidentes en todo con él.

Son tan distintas y abundantes las manifestaciones de este objetivismo jurídico que se ha sentido la necesidad de clasificarlas, siendo varios los autores que lo han intentado [8].

[8] Sin embargo, tales clasificaciones, o resultan por demás simplistas al englobar en grupos muy amplios doctrinas que realmente no son del todo afines, o pecan de excesivamente minuciosas en el deseo de distinguir con precisión todas y cada una de las numerosas variantes, con lo que pierden utilidad y dejan de ser clasificaciones para quedar en meras enumeraciones. Por lo demás, es sabido hasta qué punto son siempre relativas las catalogaciones de las doctrinas y con qué frecuencia un autor tiene que situarse en dos y aun en tres lugares distintos según las diferentes facetas de su pensamiento.

Por nuestra parte, expondremos en primer lugar el iusnaturalismo contemporáneo inscrito en la línea tradicional y el que adopta una posición más o menos afín a éste; trataremos después el iusnaturalismo protestante –que posee unos perfiles muy peculiares–, para examinar por último la doctrina de la naturaleza de la cosa, como expresión más destacada de objetivismo jurídico no estrictamente iusnaturalista. Y no hay que advertir que, dado el alcance de esta obra, no pretendemos ni de lejos dar una visión acabada del rico panorama que ofrece el pensamiento actual en el tema que nos ocupa.

V. Iusnaturalismo tradicional y posiciones afines

La aparición a comienzos de siglo de una corriente neoescolástica, a la que más arriba aludimos, permitió que en el clima por ella creado fuera gestándose un iusnaturalismo inspirado en la añeja doctrina de los escolásticos y que merece, por consiguiente, el nombre de «tradicional». Sus afirmaciones básicas responden, lógicamente, a las líneas directrices de aquella doctrina –la tomista, aunque complementada por las puntualizaciones, a veces substanciales, de la escolástica española–, concibiendo, por tanto, la ley natural como una manifestación de la ley eterna referida en concreto al orden de la convivencia humana. El derecho natural contiene unos preceptos derivados de la naturaleza del hombre, aceptando todavía esta dirección la célebre clasificación tomista de las tendencias de esta naturaleza, que dan lugar a otros tantos órdenes y, en cada uno de ellos, a series de preceptos. Los preceptos primarios del derecho natural se ofrecen a la razón para obtener de ellos otros preceptos secundarios, con lo que aquél no está fundado en la razón, sino sólo construido por la razón a partir de unos enunciados inscritos en la naturaleza humana; de esta suerte, se asegura la vinculación del derecho natural con Dios a través de la ley eterna [9].

Paralelamente a esta línea clásica, aunque sin separarse demasiado de ella, se manifiestan ciertas direcciones que matizan en diferentes sentidos el pensamiento tradicional. Tal, por ejemplo, la tesis de Renard del *derecho natural de contenido progresivo,* que aparece en Francia dentro de la teoría de la Institución; concibe en el derecho dos factores; el metafísico (constante) y el histórico (variable), entendiendo que hay tantos sistemas iusnaturalistas como ambientes históricos diferentes, aunque con una misma estructura, presidida por la justicia, por lo que puede hablarse de «un derecho natural

[9] Dentro de esta línea clásica –si bien cada autor presenta, como es lógico, sus particularidades– cabría mencionar: en Italia, Pizzorni, Olgiati, Ambrosetti, Passerin D'entreves, Graneris, etcétera; en el área francesa, Lachance, Leclercq, Villey, etc.: entre los germánicos, Messner, Rommen, Fuchs, E. Von Hippel, Verdross, etc.; por lo que al pensamiento español se refiere. Puigdollers, González Oliveros, Sancho Izquierdo, Luño Peña, Galán, etc.

en perpetuo devenir, «un derecho natural con contenido progresivo; progresivo, por asimilación de los datos históricos variables a una substancia racional inmutable». Adscríbense a esta tendencia DELOS y LE FUR, en Francia, y CORTS y RUIZ-GIMÉNEZ, en España.

Con inspiración neokantiana, puesto que procede de esta dirección, figura, además del portugués CABRAL DE MONCADA, el italiano DEL VECCHIO, que intenta una decantación crítica de los problemas filosófico-jurídicos mediante un análisis gnoseológico del derecho; posteriormente, DEL VECCHIO derivó hacia una posición netamente católica en un esfuerzo por superar su inicial neocriticismo, del que acaso no consiguiera desprenderse totalmente. Discípulo del DEL VECCHIO en su época neokantiana fue BATTAGLIA, quien, sin embargo, se encaminó después por la dirección idealista para desembocar en un espiritualismo cristiano con claras raíces agustinianas.

La influencia existencialista se hace notar en los alemanes VON DER HEYDTE y WÜRTENBERGER, en el italiano QUADRI y en los españoles RECASÉNS SICHES, LEGAZ y ELIAS DE TEJADA, quien propugna un «existencialismo jurídico cristiano». Otras corrientes podrían aún mencionarse, como la fenomenológica, representada por autores como COING y STADMÜLLER, o la neohegeliana del italiano CICALA, etc.

VI. EL IUSNATURALISMO PROTESTANTE

1. Presupuestos antropológicos

Uno de los puntos fundamentales de la teología protestante estriba, como es sabido, en la afirmación de que el hombre, después del pecado, es una *natura corrupta.* irremediablemente decaída del estado de perfección en que fue creada, hasta el punto de que, incapaz de merecer, ha de confiar no en sus actos, sino exclusivamente en la Gracia. Este presupuesto resulta fatal para el derecho natural, pues ¿cómo pensar que de una naturaleza corrompida puedan brotar unas normas rectoras del comportamiento humano? [10].

2. Oposición al positivismo

Y, sin embargo, nunca el protestantismo comulgó con el positivismo jurídico, nunca renunció a asignar al derecho positivo una fundamentación su-

[10] Ya decía CALVINO, en sus *Instituciones de la religión cristiana,* que «el espíritu humano es tan extraño a la justicia divina que todo lo que concibe, desea y emprende es impío, perverso, vil, im-

perior, nunca, en fin, dejó de afirmar un iusnaturalismo, siquiera fuese difuso. Esta actitud, que envuelve una cierta paradoja, se manifiesta también en la doctrina filosófico-jurídica del protestantismo contemporáneo, que se debate entre la imposibilidad de acudir a la naturaleza humana para hallar en ella una justicia fundante del orden jurídico y la imperiosa necesidad de esa fundamentación.

Por otra parte, los acontecimientos históricos de la primera mitad del siglo, con la aparición de los sistemas totalitarios, obligaron a plantear –al terminar la segunda guerra mundial– el tema del valor y fundamento del derecho positivo y un posible entronque con valores éticos superiores, esfuerzo en el que colaboraron filósofos cristianos de toda procedencia a través de reiterados contactos [11].

El pensamiento protestante, por tanto, movido en parte por consideraciones doctrinales y urgido también por la fuerza de los hechos históricos, ofrece en la segunda mitad de esta centuria soluciones varias que propugnan sendas concepciones sustitutorias, por así decirlo, de un derecho natural al que los presupuestos religiosos no permiten llegar. Las principales son las siguientes.

3. La «dirección bíblica»

Un nutrido grupo de pensadores, que integran la llamada *dirección bíblica*, sitúa la última y definitiva base del obrar ético del hombre –dada la incapacidad de éste para encontrar por sí y en sí reglas de conducta– en la palabra divina manifestada en la Sagrada Escritura, en las «instrucciones bíblicas»; el hombre, dice BARTH, «en la cuestión acerca de la bondad o maldad de sus acciones no tiene que enfrentarse con su conciencia..., sino, en tanto que hombre libre, sólo con la voluntad, la obra y la palabra de Dios». En la revelación que Dios ha hecho de su voluntad, y más concretamente en el Decálogo, se hallan las líneas directrices de nuestro comportamiento no sólo moral, sino también jurídico. Por supuesto, el Decálogo ofrece únicamente orientaciones generales, y, demás –en la mayoría de sus preceptos–,

---

puro e infame; su tendencia está tan infectada por el veneno del pecado que no puede producir sino cosas corrompidas, y añade: «Admitimos que la imagen de Dios no está completamente anulada en el hombre, pero está tan corrompida, que lo que de ella resta no es sino una horrible deformidad».

[11] RODRÍGUEZ MOLINERO resume así el dato informativo: «Se celebraron una serie de conferencias y coloquios a nivel nacional y confesional, en los que participaban conjuntamente teólogos y juristas profesionales, destacando el coloquio de Göttingen de 1949, las dos conferencias de Treysa de 1950 y el coloquio de Hemer de 1955. Además se continuaron las que periódicamente venían celebrándose a nivel internacional e interconfesional, siendo de excepcional interés las de Ginebra de 1945, la de Amsterdam de 1948 y la de Evanston (U.S.A.) de 1954».

de carácter negativo, indicativas de lo que no hay que hacer más que de lo que hay que hacer; como señala THIELICKE, los mandamientos trazan una senda delimitada a derecha e izquierda por los abismos de lo que es contra Dios, y dentro de la cual tiene la razón anchas posibilidades para dirigir el curso político-económico y social, según su concepción fundamental... o según las circunstancias concretas». Es decir, que los trazos genéricos de la voluntad divina precisan de una adaptación a los casos concretos, con lo que nos situamos claramente en una «ética de la situación».

Como dice Erick WOLK, el más destacado representante de esta dirección, los mandamientos «no son un código de proposiciones jurídicas a las que se deben atener los hombres en el caso concreto», sino únicamente criterios valorativos con arreglo a los cuales deben adoptar sus decisiones determinadas y de los que cabe deducir preceptos del ordenamiento jurídico positivo; los preceptos bíblicos, dice este autor, tienen un contenido inequívocamente obligatorio. En el mismo sentido se pronuncia DIBELIUS, que distingue entre un «derecho justo absoluto», que no existe, y un «mero derecho justo», que puede construirse sobre «los eternos principios de todo derecho», contenidos en las Sagradas Escrituras, pero sin que sea dable encontrar en el Decálogo un derecho concreto utilizable por el hombre.

El grave inconveniente de esta especie de «iusnaturalismo bíblico está en que si el hombre alcanza el conocimiento de los principios informantes de su conducta a través de la Revelación, tal conocimiento no podrá ser obtenido por aquellos a quienes ésta no haya llegado, con lo que ese iusnaturalismo queda circunscrito a la humanidad cristiana, como muchos siglos antes fuera ya afirmado por algunos autores de la patrística. La aporía es resuelta por Erick WOLF en el único sentido que podía serlo: afirmando que también el hombre natural, es decir, el no cristiano, es capaz de captar racionalmante las ideas fundamentales de la justicia, llegándose así a una coincidencia entre las verdades de la fe y las obtenidas por vía racional. Y la conferencia de teólogos evangelistas celebrada en Treysa en 1950 suscribió la tesis de que Dios «no ha dejado a los paganos sin su testimonio».

4. La «dirección cristológica»

Mención aparte merece la *dirección cristológica*, iniciada por el ya citado Karl BARTH y a la que se adscriben Ernst WOLF y Jacques ELLUL, ambos teólogos. Frente a la dirección anterior, oponen que las afirmaciones evangélicas o instrucciones bíblicas no son verdades intemporales, sino realidades históricas, es decir, reglas y fórmulas dadas para una sociedad determinada y en un tiempo específico, por lo que difícilmente pueden fundamentar los preceptos del orden jurídico concreto, como no sea a base de una constante

interpretación que en ocasiones puede llegar a ser arbitraria. Pero como los autores de esta tendencia siguen partiendo del punto de vista luterano de la *natura corrupta*, y, por ende, negando la posibilidad de un derecho natural, resuelven el problema por la vía de Cristo: no en la naturaleza ni en la Biblia, sino en el «encuentro existencial con Cristo», que es el punto en que se produce la unión del hombre con Dios, podemos captar las motivaciones fundamentadoras e inspiradoras del derecho; solamente en esa «nueva alianza» –en la que tiene mucho que ver la teología del amor llegaremos a conocer la auténtica voluntad de Dios, norma suprema de nuestro obrar [12].

5. El «orden de la creación»

Las indudables dificultades con que tropiezan tanto la concepción de las instrucciones bíblicas como la tesis cristológica, han hecho que en algunos círculos de teólogos y filósofos del derecho protestante aparezcan posiciones que se aproximan mucho al iusnaturalismo. El ejemplo más conspicuo lo ofrece, sin duda, el teólogo suizo Emil BRUNNER, autor de un importante libro: La *Justicia*. La idea central es la del *orden de la creación:* toda criatura, cuando es creada por Dios, es dotada de un orden de vida, es decir, de una determinada estructura o modo de ser; pero no cabe duda de que, puesto que así ha sido creada, en ese orden de creación está manifestada la voluntad divina.

En tal orden de creación o estructura ontológica de cada ser el no creyente podrá ver lo que es pero el creyente ve lo *que debe ser*, por contenerse ahí la voluntad de Dios; la naturaleza, el orden natural de las cosas, tiene que ser algo aceptado y respetado, como querido por el mismo Dios creador. Para la obtención, pues, de unos criterios axiológicos de nuestro vivir social, bastará la meditación sobre la naturaleza u orden de creación del hombre, que nos irá dictando «lo que debe ser», y, en efecto, por ese procedimiento extrae el propio BRUNNER una serie de preceptos concretos. Como puede apreciarse, esta doctrina no sólo está muy cerca del iusnaturalismo de corte clásico, sino incluso del tomismo, pues no en vano contiene –como se ha puesto de relieve más de una vez– fuertes ingredientes procedentes del aristotelismo y de la doctrina estoica; en concreto, el modo de obtención de los preceptos a partir de la naturaleza humana evoca de manera inevitable el

[12] Con esta postura, además de no salvarse el iusnaturalismo, se cae en un positivismo teónomo. También aquí se plantea la objeción de que únicamente los cristianos están en condiciones de lograr el encuentro existencial con Cristo, debiendo igualmente recurrirse a una necesaria ductilidad de la tesis que evite su alcance restringido: «la voluntad de Dios –dice BARTH, según cita de WELZEL– se ha cumplido en todos los tiempos, también fuera de la Iglesia, y no por razón de una bondad natural del hombre, sino porque Jesús... es el señor del mundo entero, que tiene sus servidores también allí donde su nombre no ha sido aún o no es ya conocido y alabado«.

procedimiento utilizado por SANTO TOMAS a partir de las tres tendencias existentes en aquélla v. Lecc. XXVI). Dadas esta concomitancias, no es raro que Erick WOLF haya denominado a esta construcción «tomismo reformado».

VII. RADBRUCH Y LA DOCTRINA DE LA NATURALEZA DE LA COSA

1. Precedentes

Una de las más interesantes manifestaciones del objetivismo jurídico de nuestros días es, sin duda, la llamada «doctrina de la naturaleza de la cosa». De modo primario, lo que se quiere decir, jurídicamente hablando, con la expresión *naturaleza* de la cosa, es que el derecho debe tener en cuenta la realidad ontológica sobre la que va a operar, adaptándose a los datos objetivos de la cosa y al orden metafísico de la naturaleza, de manera que la ley no puede desentenderse de esas constancias evidentes, so pena de conducir a un resultado absurdo o injusto y ser, por ello, inoperante.

Ciertamente, concebido así el contenido de dicha expresión, es algo plenamente obvio y no puede decirse que sea una idea nueva, pues ya ARISTÓTELES hablaba de «lo justo natural» y más concretamente el pensamiento romano aludía a la *natura rerum,* y MARCO AURELIO aconsejaba «adecuarse a la naturaleza de las cosa». La escolástica medieval por su parte —al menos en su dirección intelectualista—, considera que en la *natura rei* yace una bondad o malicia esenciales por las que las cosas serán, respectivamente, buenas o malas, siendo, pues, esa naturaleza de la cosa —o *natura objecti,* como se lee en algún autor de la escolástica española— la que fundamenta objetivamente la moralidad natural. En la Edad moderna, la naturaleza de la cosa aparece mentada por MONTESQUIEU, quien comienza su célebre obra *L'esprit des lois* con estas palabras: «Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.» Desde entonces es frecuente hallar presente la idea en numerosas doctrinas de la ciencia y la filosofía del derecho.

2. El concepto de «cosa» según RADBRUCH

Pero cuando el concepto ha tenido entrada plena en el pensamiento jurídico —hasta el punto de convertirse en noción central— ha sido en una corriente doctrinal nacida en Alemania hace cincuenta años, y cuyas preocupaciones han encontrado eco en otros países, dando a la idea de «naturaleza de la cosa»

un amplio desarrollo y un contenido muy vario, pues, siendo de general aceptación la expresión *Natur der Sache* (los italianos suelen emplear la fórmula *natura del fatto*), las diferentes significaciones que se atribuyen al término «cosa» darán lugar a otras tantas versiones de la tesis.

Entiende RADBRUCH, iniciador de esta corriente, que hay tres tipos de «cosas» a cuya naturaleza puede referirse la expresión en cuestión: en primer lugar, «los fundamentos naturales de la reglamentación jurídica», es decir, los hechos físicos, las circunstancias del sujeto y, en general, toda realidad que subyace como última justificación del derecho (la norma que establece un plazo, por ejemplo, deber tener en cuenta en último término el hecho de la rotación de la Tierra. que proporciona el módulo para la medición del tiempo; la que legisla sobre la tutela, el dato fáctico de la falta de madurez intelectual de los menores, etc.). Es claro que una norma que hiciera caso omiso de las realidades de hecho sobre las que va a proyectarse sería una norma absurda y, en muchos casos, de imposible cumplimiento.

En segundo lugar, «cosas», son también «las preformas de la reglamentación jurídica», esto es, el hábito, el uso, la costumbre, los cuales son igualmente «cosas» con las que el derecho debe contar a la hora de reglamentar sobre las conductas manifestadas en ellas. Tema es éste que con más frecuencia de la deseable olvida el legislador, cuando se lanza a realizar reformas drásticas imprimiendo giros violentos a la legislación, despreciando el dato de que los grupos sociales poseen unas ciertas inercias de comportamiento que no pueden ni deben ser rotas de modo inmediato y radical. Evidentemente, el derecho ha de tratar de modificar las conductas sociales cuando sean improcedentes, pero las reformas han de implantarse con una cierta mesura en el tiempo para que la conciencia de los miembros del grupo vaya adecuándose paulatinamente a la nueva circunstancia y, por tanto, aceptándola. Una norma nueva que no cumpla esa cautela podrá tener vigencia técnica, pero carecerá de vigencia social, que no es otra cosa que el asenso y cumplimiento espontáneo y generalizado.

Finalmente, como estas preformas se introducen en el derecho por la vía del consuetudinario, a través de ellas se llega a la tercera acepción, que consiste en las «cosas» como «reglamentaciones jurídicas», pues también éstas han de estar presentes al derecho; así, dice RADBRUCH, el derecho internacional privado considera como un hecho la existencia y peculiaridades de los derechos nacionales, que debe respetar; y la codificación, añade, «no puede pasar sin cautela por encima del derecho consuetudinario existente; así, una ley... está determinada por la costumbre jurídica que se ha formado sobre la base precedente».

3. Diferentes direcciones doctrinales

En la actual doctrina alemana se dan dos tendencias en la consideración de la «naturaleza de la cosa». Una, la iniciada por RADBRUCH y seguida por la generalidad de los autores –entre otros, FECHNER, COING y MAIHOFER, si bien éste con una especial posición a la que luego nos referiremos–, considera la naturaleza de la cosa como «relación de vida» (*Lebensverhältnis:* el derecho debe basarse en las relaciones que la vida de convivencia ofrece espontáneamente. Toda relación de vida –entendido el término en amplio sentido– tiene una especial estructura ontológica y está constituida por unos elementos que le son esenciales, los cuales no pueden ser desconocidos por el derecho; el matrimonio, por ejemplo, posee en sí una estructura a la que el derecho no tiene más remedio que atender, y la función del jurista, en cuanto legislador, consistirá en destacar cuáles sean esa estructura y esos elementos, esa «naturaleza de la cosa».

La segunda dirección –representada por WELZEL y STRATENWERTH y con referencia especialmente al derecho penal– interpreta la naturaleza de la cosa como las «estructuras lógico-objetivas» (*sachlogische Strukturen*). «El legislador –dice WELZEL– no sólo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino también a determinadas estructuras lógicas en el objeto de su regulación, la cual, si no las tiene en cuenta, ha de ser necesariamente falsa. La estructura ontológica de la acción, por ejemplo, precede a toda valoración y regulación, y quien quiera normar acciones tiene que respetar la estructura ontológica de la acción. La estructura de la actividad teleológica del hombre, así como la función de la intención en ella, son cosas que el legislador no puede modificar, sino que ha de tener en cuenta en su regulación si no quiere errar en el objeto de ésta».

Una de las consecuencias a que se ha llegado partiendo de la primera de las direcciones indicadas es el llamado *derecho natural concreto,* de MAIHOFER, quien concibe las relaciones sociales como las diferentes posiciones que se dan entre los hombres según el «papel» que cada uno representa (padre, hijo, comprador, vendedor, maestro, discípulo...) y que hacen nacer implicaciones recíprocas (del comprador al vendedor, etc.), que se traducen en ciertos intereses, los cuales, a su vez, engendran exigencias que dictan *derechos y deberes* respectivos: el «deber ser» se asienta, pues, en el «ser» de las relaciones en que el hombre participa. Por consiguiente, la realidad posee una estructura axiológica que, en cada momento y circunstancia, debe tenerse en cuenta, dando así lugar al derecho natural «concreto».

4. Naturaleza de la cosa y derecho natural

No es casualidad que la doctrina de la naturaleza de la cosa naciera en Alemania y en la época en que apareció, pues no es sino una respuesta al positivismo jurídico en que se movió el régimen hitleriano nacional-socialista, que pretendió consagrar toda suerte de arbitrariedades e injusticias amparándolas en un orden jurídico que no reconocía más fuente ni fundamento que la pura voluntad del legislador. Pero esta doctrina ¿es realmente un iusnaturalismo? Por lo pronto, hay que apreciar en ella algo de común con el derecho natural, como es la apelación a realidades objetivas, metajurídicas, como fundamento de la legalidad positiva; lo cual implica otra coincidencia: el decidido carácter antipositivista de ambas doctrinas, conforme acabamos de apuntar.

En definitiva, la naturaleza de la cosa es, sin duda, una dirección doctrinal del objetivismo jurídico, y en este sentido cabe dentro de una amplia concepción del iusnaturalismo. No obstante, se diferencia del derecho natural en que, mientras éste enraiza el derecho en un principio absolutamente supremo, que está incluso por encima de las relaciones de vida, aquélla, en cambio, busca el fundamento jurídico en el seno de esas relaciones, en un orden inherente a las mismas. Lo cual tiene como consecuencia –y en ello se encuentra otra diferencia entre ambas posturas– el que, en tanto el derecho natural es concebido como un ordenamiento inmutable, la naturaleza de la cosa adopta necesariamente la forma histórica de esas relaciones de convivencia en cada momento.

TERCERA PARTE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LECCION XXXII

CONCEPTO, SUJETO Y CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. Concepto y terminología

Se entienden por *derechos fundamentales* aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana. Consecuencia inmediata de lo anterior es que tales derechos son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su edad, condición, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria. Dicho de otro modo: que así como por lo que se refiere a los demás derechos, cada persona los ostentará o no según las circunstancias en que se encuentre (el mayor de edad ostenta unos derechos que no tiene el menor, el padre de familia posee unas facultades de que carece quien permanece soltero, etc.), los derechos naturales, en cambio, constituyen una dotación jurídica básica idéntica para todos, puesto que todos participan por igual de la naturaleza humana, que es su fundamento ontológico [1].

La nomenclatura utilizada para designar los derechos que nos ocupan es

[1] Algunos autores, al definir estos derechos, añaden el dato de que el ejercicio de los mismos no puede ser cohibido por el poder, que, al contrario, está obligado a reconocerlos y garantizarlos; así, por ejemplo, Castán dice que son «aquellos derechos fundamentales de la persona humana –considerada tanto en su aspecto individual como comunitario– que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común». Sin embargo, aunque ello sea ciertamente así, creemos que la exigencia de respeto a los derechos fundamentales por parte del poder es, más que una nota esencial de los mismos, una inevitable consecuencia de su carácter «fundamental».

muy variada. Con frecuencia se les ha llamado –y se les llama– derechos del hombre, derechos humanos, derechos de la persona humana, designaciones que, evidentemente, incurren en redundancia, puesto que sólo el hombre puede ser titular de derechos, sean cuales fueren; sin embargo, lo cierto es que la práctica ha acuñado ya esta terminología por lo que no hay inconveniente en emplearla, salvada la tautología a que acabamos de referirnos. Se habla también de derechos naturales, término con el que se alude a su fundamento en la naturaleza humana; y de derechos fundamentales, queriendo señalar que afectan a las dimensiones más básicas y entrañables del ser humano. Se emplea asimismo el término de libertades fundamentales, destacando con ello que tales derechos constituyen un reducto intangible de la persona frente a posibles intromisiones abusivas del poder [2].

II. Los derechos fundamentales como defensa de las libertades

Los derechos fundamentales, como todos los derechos, no son atributos ornamentales del sujeto; los derechos los ostenta el titular para algo, tienen una evidente condición teleológica. Cabe, pues, preguntarse por la finalidad de los derechos fundamentales o, en otras palabras, qué es lo que pretende el hombre con su ejercicio. Hay, en este punto, una notable diferencia entre estos derechos y cualesquiera otros derechos subjetivos. Los derechos que no entran en la categoría de fundamentales se ejercen siempre entre particulares; es cierto que, en ocasiones, se ejercen frente al Estado –como sería el caso, entre otros muchos ejemplos, del contratista que reclama el pago de una obra pública ejecutada–, pero en esos supuestos el Estado aparece despojado de su condición soberana, como si fuera un particular discutiendo con otro un negocio jurídico cuestionado.

Tratándose, en cambio, de los derechos fundamentales, se ejercitan casi

---

[2] No hay que advertir que la cuestión terminológica es puramente adjetiva. Las fórmulas *derechos del hombre, derechos humanos y derechos de las persona humana* presentan el defecto ya apuntado, si bien tienen a su favor la práctica de su uso; la expresión *libertades fundamentales* resulta, a nuestro juicio, un tanto restrictiva al aludir de modo preferente a una perspectiva política: quizá las denominaciones *derechos naturales y derechos fundamentales* sean las más acertadas, gozando además la última de una especie de marchamo «oficial», en cuanto que es la fórmula utilizada frecuentemente por la *Carta* de las Naciones Unidas de 1945.

Por lo que hace a nuestra Constitución, la expresión que emplea es la de *derechos fundamentales*, hablando también de *libertades públicas*; en el Preámbulo, en cambio, menciona los *derechos humanos*, y los derechos económicos, sociales y culturales los engloba bajo la rúbrica de *principios rectores de la política social y económica*.

La *Declaración universal* de la ONU, de 10 de diciembre de 1948, se muestra muy ecléctica, dando entrada en el Preámbulo y en el articulado a todas las expresiones mencionadas. Sea de ello lo que fuere, cualquier terminología nos parece aceptable y en lo sucesivo emplearemos una u otra indistintamente.

siempre *frente al Estado* u otros entes de carácter público, cuando el titular ha estimado que determinada actuación del poder lesiona, cercena o limita aquellos derechos o las libertades a las que los mismos se refieren. Queremos aludir, naturalmente, a limitaciones indebidas o abusivas, pues, como más adelante se verá, hay límites al ejercicio de tales derechos, tanto límites genéricos como de posible imposición en casos determinados.

El ejercicio de los derechos humanos es, por tanto, un acto de defensa ante intromisiones del poder en la esfera de las libertades del individuo. El poder manifiesta siempre una tendencia expansiva, y de ahí la necesidad de controlarlo, necesidad a la que responde el llamado «Estado de derecho», que se fue forjando trabajosamente en la Edad moderna frente al Estado absoluto, y que ostenta como una de sus características el reconocimiento de los derechos fundamentales y la garantía de sus libertades.

Por ello los derechos fundamentales han estado rodeados siempre de un halo polémico y cada momento de su historia se corresponde con un episodio de la lucha de los hombres por la conquista de sus libertades frente al poder. El deseo irreprimible de afirmar –y no sólo, por supuesto, en el plano teórico– los valores presentes en su personalidad no ha encontrado medio más adecuado de llevarse a la práctica que la apelación a la existencia de unos derechos que protegen y hacen efectivos aquéllos y que, como ellos, yacen en la misma naturaleza humana. Por eso, la conquista de situaciones que reconozcan y garanticen los derechos humanos ha sido lenta, porque con la misma lentitud se ha producido el despertar de los hombres a la toma de conciencia de que son portadores de unos derechos por el mero hecho de su misma condición humana: adviértase que hasta el siglo XVII –¡hace apenas trescientos años!– no se abre paso con alguna claridad la idea de los derechos del hombre ni se comienza a estructurar una teoría sobre los mismos. Por eso, también, sólo se apela a los derechos fundamentales y se recuerda su existencia cuando son amenazados o francamente lesionados por las normas positivas: como la salud, los derechos naturales únicamente «se sienten» a la hora del ataque, de la anormalidad, de la perturbación.

Conseguir el reconocimiento de estos derechos, lograr que los Estados establezcan constitucionalmente procedimientos de garantía de los mismos, alcanzar incluso la meta de las Declaraciones supranacionales con acatamiento prácticamente universal no ha sido, en verdad, tarea fácil, y algunos de sus episodios rayan la grandeza de lo épico. Mas –no nos engañemos– parte del camino está todavía por recorrer. En no pocos países, el reconocimiento de los derechos naturales no pasa de ser una pomposa declaración constitucional que no se corresponde con la práctica, y nuestra generación ha sido y es testigo de gravísimas violaciones que en ocasiones no han afectado sólo a individuos, sino –como en el caso de los genocidios– a sectores enteros de la Humanidad.

La lentitud del proceso de afirmación de los derechos humanos ha tenido la contrapartida —seguramente debida a ese mismo logro trabajoso— de que cada conquista alcanzada en este terreno resulta irreversible, de suerte que, obtenido el reconocimiento de uno de los derechos, no se vuelve ya a la situación anterior de desconocimiento del mismo. La regresión puede producirse de hecho —por la implantación, por ejemplo, de un sistema totalitario dentro de un Estado—, pero, en virtud de una a manera de elasticidad de los derechos humanos, tan pronto cese la situación oprimente tornarán éstos a su vitalidad y a su normal ejercicio. Por ello la historia de los derechos fundamentales ha descrito siempre —salvo las excepciones esporádicas apuntadas— una línea ascendente.

III. El sujeto de los derechos fundamentales

En el apartado primero del presente capítulo se afirmaba que los derechos fundamentales eran los poseídos por todos los hombres, de suerte que cada individuo es titular de los mismos. Y, en efecto, cuando en los albores del siglo XVIII empieza a elaborarse la teoría de los derechos fundamentales, o derechos naturales, como preferentemente se les designaba entonces, se conciben como atribuciones de la persona individualizada: el sujeto de ellos es cada hombre en particular. Esta consideración de los derechos humanos como facultades de los individuos singulares se conserva durante el siglo XIX, como no podía dejar de ser al dominar en esa centuria la ideología liberal individualista; todas las Constituciones de la centuria pasada son ejemplos de la atribución exclusiva de los derechos fundamentales a los sujetos singulares.

Hoy, sin embargo, ya no puede sostenerse esta postura, pues tanto las Declaraciones supranacionales como las Constituciones de los Estados ofrecen abundantes ejemplos de derechos fundamentales cuya titularidad se atribuye a *entes supraindividuales*; como dice el profesor Castán «las tendencias actuales tienden al doble reconocimiento de los derechos de los individuos y los derechos de los grupos o formaciones sociales», distinguiéndose por el referido autor las siguientes especies: derechos de la persona humana, derechos de las comunidades menores o infraestatales —especialmente la familia—, derechos de los Estados en la esfera interna y derechos de los Estados y de los pueblos en la comunidad internacional [3].

[3] Por no mencionar sino algunos ejemplos, citaremos el artículo 16.3 de la *Declaración Universal de derechos humanos*, aprobada por la ONU en 1948, que confiere derechos a la familia; o el 25.2 del mismo texto, que los reconoce a «la maternidad y la infancia»; el artículo 8.1 del *Pacto Internacional de derechos económicos sociales y naturales* (Nueva York, 1966), que atribuye derechos a los sindicatos; el artículo 7 de la *Carta Social europea* (Turín, 1961), que regula el «derecho a pro-

Aceptada la posibilidad de que los entes colectivos sean titulares de derechos fundamentales, habrá de plantearse el problema de una posible colisión entre éstos y un derecho, igualmente fundamental, de una persona individual. Cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione o perjudique otro derecho de igual categoría y de titulación colectiva, ¿habrá de ceder aquél en beneficio de éste? Parece que, al menos, debe admitirse tal posibilidad; no afirmamos que siempre que se produzca la colisión entre ambos derechos haya de resultar limitado el del particular, pero sí que se contemple como posible, de modo semejante a como ocurre en otros tipos de derechos, en los que el interés público prevalece sobre el particular (recuérdese, verbigracia, el supuesto de la expropiación forzosa).

IV. Caracteres de estos derechos

Los derechos humanos son, en sí mismos, derechos subjetivos y, por tanto, les son de aplicación las notas que la doctrina suele asignar a éstos. Pero es obvio que, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de caracteres ya no compartidos por los otros derechos, sino exclusivos de ellos. Mencionaremos en lo que sigue dichos caracteres.

Los derechos del hombre son *imprescriptibles*, es decir, no les afecta el instituto de la prescripción –de normal aplicación a los derechos subjetivos en general–, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo.

Son también *inalienables*, esto es, no transferibles a otro titular, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos, en los que la regla general es la alienabilidad, aunque se den ciertas excepciones a la misma [4].

Son asimismo *irrenunciables*, o lo que es lo mismo, el sujeto no puede renunciar a la titularidad de los derechos naturales, a diferencia, como en los casos anteriores, de lo que ocurre con los derechos en general, que son renunciables en las condiciones que las leyes establecen. Esta nota de la irre-

---

tección de los niños y los adolescentes»; el artículo 27 del *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (Nueva York, 1966), que reconoce a las «minorías étnicas, religiosas o lingüísticas» el derecho a su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

También en nuestra Constitución encontramos no pocos ejemplos: en el art. 16 se habla de la libertad ideológica, religiosa y de culto de las comunidades; en el 18 se reconoce a la familia el derecho al honor y a la intimidad; los artículos 2 y 143 expresan el derecho de las nacionalidades, provincias y regiones a constituirse en Comunidades autónomas, etc.

[4] Algunos autores utilizan el adjetivo «inalienables» para indicar que de estos derechos no puede ser despojado el titular: lo cual, por cierto, es así –por eso decimos que son «inherentes a la persona»–, pero se trata de un uso indebido de aquel término.

nunciabilidad no implica necesario ejercicio: el titular no puede renunciar a su derecho, pero puede no ejercitarlo [5].

Los derechos fundamentales son, por último, *universales*, entendiendo el término en el sentido de que todos ellos son poseídos por todos los hombres, lo cual quiere decir que entre los individuos se da una estricta igualdad jurídica básica, referida a los derechos naturales. No podía ser de otro modo, dado que todos los hombres participan de igual modo de la misma naturaleza: un ser es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza [6].

Cuestión en la que merece la pena detenerse es la del carácter *absoluto* o no de los derechos fundamentales. A primera vista, pudiera parecer que, afectando a las dimensiones más básicas de la persona, resultaría contradictorio concebirlos como limitados. Y así, en efecto, los entendió la doctrina del siglo XVIII y se configuraron en los textos. No puede extrañar esta postura. De una parte, la fundamentación iusnaturalista que inspiró aquellos primeros textos —fundamentación que, en alto grado, era tributaria del concepto racionalista del derecho natural y singularmente del pensamiento de LOCKE— abonaba la tesis de que cualquier restricción de los derechos humanos resultaba ser *contra natura;* de otro lado, aquel fue el momento en que la Historia empezó a cerrar el período de los poderes absolutos, se iniciaban los regímenes constitucionales, se abría el horizon-

---

[5] Estas tres notas tienen una común fundamentación metafísica, centrada en el concepto de naturaleza. Efectivamente, naturaleza de un ser es la especial estructura ontológica que lo constituye como tal, es decir, lo que hace que sea ese ser y no otro. Pero esto es afirmar que el ser está indisolublemente ligado a su propia naturaleza, de la que no puede desprenderse sin dejar de ser lo que es. Luego siendo los derechos humanos emanación o derivación de la naturaleza del hombre, la indispensabilidad de ésta tiene que afectarles en igual medida, por lo que tales derechos han de acompañar permanentemente a su titular sin que sea concebible un desprendimiento o pérdida de los mismos.

[6] En todos los textos, desde hace doscientos años, es constante la apelación a esta igualdad de derechos. En la Declaración de Virginia, de 1776, se afirma «que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...» (punto I); en la Declaración de independencia de los Estados Unidos, del mismo año se lee, en el párrafo segundo, «que todos los hombres son creados *iguales*...»; el artículo primero de la Declaración francesa de 1789 reconoce que «todos los seres humanos nacen y permanecen libres e *iguales* en derechos»; la Declaración de la ONU de 1948 afirma que «todos los seres humanos nacen libres e *iguales* en dignidad y derechos...» (artículo primero). Hemos elegido los ejemplos más conspicuos, pero la realidad es que no hay texto constitucional o supranacional que, al referirse a los derechos humanos, deje de reconocer de alguna manera que los mismos son poseídos de forma igual por todos los hombres. También se manifiesta este punto de vista en las declaraciones de carácter eclesial; así, en la encíclica *Pacem in terris*, de 1963, se lee (I,9): «En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona.., y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes que dimanan inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, *universales* e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto».

te de la libertad y, una vez más, se hizo presente el «fervor del neófito» para enaltecer hasta la sublimidad unos derechos recién adquiridos.

Dos citas bastarán para ejemplificar esta postura radical. El punto XII de la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* (1776) afirmaba que «la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos». Por su parte el artículo 4 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789) rezaba así: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley». Dicho en otros términos: que los derechos del hombre, en la medida en que no les alcancen las limitaciones legales, son absolutos en su ejercicio; se considera, por consiguiente, que lo normal es ejercitar tales derechos de forma ilimitada, siendo, en cambio, lo excepcional las limitaciones que las leyes puedan establecer al ejercicio de los mismos [7].

La doctrina actual, sin embargo, se encuentra muy alejada de aquella concepción: niega que los derechos naturales –y, por supuesto, tampoco los positivos– tengan carácter absoluto y admite, en consecuencia, que el ejercicio de los mismos debe estar sometido a ciertas limitaciones, de las que nos ocupamos en la **Lección XXXV.**

Se han planteado alguna vez, sin embargo, posibles excepciones a esta general limitabilidad de los derechos fundamentales, lo que equivale a admitir que existen algunos de carácter absoluto. Así, por ejemplo, R. CASSIN sostiene que «sólo un pequeño núcleo debe siempre conservar su carácter absoluto; en este núcleo se incluye la libertad de conciencia y el derecho a una vida digna». Para MESSNER, igualmente, algunos derechos humanos pueden tener carácter absoluto, como la libertad de conciencia. CASTÁN, por su parte, afirma que la única excepción a la general limitabilidad de aquellos derechos «es la nacida de la exigencia de que, en cualquier situación, dentro de la vida social civilizada, quede a salvo la condición del hombre como persona».

Entendemos nosotros, sin embargo, que la limitabilidad se extiende a todos los derechos y que cuando se traen a colación las supuestas excepciones alegadas –bien escasas, en cualquier caso– lo que se pretende subrayar

[7] Este modo de ver las cosas fue consecuencia del pensamiento liberal individualista que, en buena parte, inspiraba a los revolucionarios franceses y que más adelante se hizo patente también en el Código Napoleón; recuérdese, por ejemplo, cómo define éste la propiedad: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley o por los reglamentos». El talante individualista tiene un precedente remoto en el Derecho romano, que acuñó el aforismo *qui suo iure utitur neminem laedit*, que encierra la idea de que el ejercicio de cualquier derecho no reconoce límite alguno, ni siquiera el de la posible lesión a terceros.

es que, por tratarse de derechos y libertades que radican en la más estricta y profunda intimidad de la persona, la constricción sobre los mismos resulta sencillamente imposible; dicho de otro modo: no es que sean ilimitados sino que, por su índole especial, no existe posibilidad de someter su ejercicio a una limitación eficaz.

V. Clasificación de los derechos fundamentales

Aunque, desde el punto de vista doctrinal, los derechos humanos constituyen una categoría unitaria que requiere, por tanto, un tratamiento también unitario, lo cierto es que ese concepto encierra una pluralidad de manifestaciones que son otras tantas especies susceptibles de clasificarse en diferentes apartados; así lo han intentado no pocos autores.

Ahora bien, toda clasificación es el resultado de aplicar a la materia clasificable los diferentes criterios o puntos de vista desde los que la misma puede contemplarse, por lo que, según cual sea el criterio atendido en cada caso, la clasificación que se obtenga será distinta; y, siendo múltiples los criterios, igualmente numerosas serán las especificaciones resultantes. Por otra parte, si la catalogación que se hace pretende ser exhaustiva conduce con frecuencia a un repertorio inacabable de divisiones y subdivisiones que, a fuerza de ser minuciosas, acaban por ofrecer muy poca utilidad.

Los aludidos problemas metodológicos se hacen presentes cuando se plantea la clasificación de los derechos fundamentales ya que los criterios aplicables son abundantes, por lo que nos limitamos a una enumeración de los más importantes: el carácter individual o colectivo del sujeto, el orden cronológico-histórico con que los derechos han ido apareciendo, el contenido de los mismos, el valor o interés protegido en cada caso, la forma de ejercicio de los derechos, el modo de su positivación, el grado y especie de garantía de que disfruten, el ámbito de su realización, etc. La aplicación de cada uno de estos puntos de vista nos conducirá, evidentemente, a clasificaciones diversas.

VI. Los derechos humanos y la posición iusnaturalista

En la filosofía jurídica actual el tema de los derechos humanos tiene una relevancia especial y de primer orden y así es abordado por todos los autores, cualquiera que sea la postura doctrinal que cada uno adopte en cuanto al fundamento de los mismos, cuestión que trataremos en la **Lección XXXIV.** Pero quede aquí dicho que, a nuestro juicio, la teoría de los derechos funda-

mentales constituye hoy acaso la expresión más generalizada de la posición iusnaturalista.

Queremos decir con ello que, en la actualidad, quienes profesan el iusnaturalismo encuentran en tales derechos una adecuada manifestación de su tesis al concebir los mismos como facultades del sujeto asentadas no en la norma positiva sino en un ordenamiento superior, que es lo que les presta su universalidad y su intagibilidad frente al poder; de manera que la invocación de aquéllos con tal fundamento representa una afirmación implícita de un orden suprapositivo. Incluso se aprecia cómo ciertos autores, que se resisten a proclamarse abiertamente iusnaturalistas, acogen de buen grado la teoría de los derechos humanos quizá por encontrar en ella el cauce de manifestación de un soterrado y no expresado iusnaturalismo.

LECCION XXXIII

DESARROLLO HISTORICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos fundamentales constituyen un importante haz de facultades inherentes al sujeto que responden a sus necesidades y exigencias básicas y protegen sus más destacadas libertades. Pero este conjunto de derechos ha ido formándose de modo paulatino, en un proceso diacrónico, lo que permite hablar de una «historia» de los mismos.

No es preciso advertir que la historia de los derechos humanos ni se ha producido ni puede entenderse como un acontecer aislado que se explique a sí mismo y se autojustifique. Muy al contrario, su desarrollo está estrechamente vinculado y es dependiente de factores exógenos y, concretamente, de dos: la evolución de la historia de los hombres y de los pueblos, con la que se entreteje, y las ideas jurídicas, políticas y morales que en cada momento han estado vigentes. Con toda seguridad puede afirmarse que la historia que vamos a exponer no hubiera sido la misma de no haberse producido tal o cual acontecimiento o de haber aparecido en el mundo de las ideas unas concepciones diferentes a las que, en los sucesivos siglos, han inspirado la vida del espíritu y de la cultura.

I. Formulaciones medievales de los derechos naturales

La historia de la aparición y evolución de los derechos humanos comienza en la Edad moderna. En la Antigüedad no sólo no existieron reconocimientos por parte del poder, sino que ni siquiera se planteó el tema en el terreno teórico; lo cual, por otra parte, no puede sorprender si se tiene en cuenta que para que surja la conciencia de que la persona es portadora de unos ciertos fines y valores para la realización de los cuales posee unos derechos innatos e indeclinables es preciso, ante todo, que exista el concepto

mismo de persona, que fue una aportación del cristianismo. Por otra parte, la toma de conciencia de que existen unos derechos que las leyes tienen que respetar exige la previa creencia en un derecho que está por encima del positivo, y hasta bien avanzada la Edad media no hallaremos una sólida construcción del iusnaturalismo.

Pero, aun contando con una doctrina iusnaturalista, todavía no se encuentra el terreno abonado para elaborar una teoría de los derechos fundamentales, porque ésta había de basarse, lógicamente, en una teoría de los derechos subjetivos. En efecto, los llamados derechos humanos tienen —como antes señalamos— unas características típicas pero son, desde luego, derechos subjetivos, facultades del sujeto; y es el caso que el pensamiento medieval, aun conociendo el concepto, como ya lo conocieron los romanos (la *facultas agendi*), no acierta a construir una teoría del derecho subjetivo, con lo que falta la base lógica necesaria para poder hablar de los derechos fundamentales.

Por eso, ni siquiera en el Medievo podemos hallar expresiones vigorosas —ni mucho menos sistemáticas— de los derechos humanos, que, en la forma como hoy los entendemos, no aparecen en la vida política de Europa hasta entrada ya la Edad moderna. Como dice TRUYOL , «al tratar de evocar la trayectoria histórica de los derechos humanos no podemos prescindir de un dato inicial en el que demasiadas veces no se repara, a saber: que la conciencia clara y universal de tales derechos es propia de los tiempos modernos».

En efecto, los documentos medievales sobre la materia contienen no auténticas Declaraciones, sino privilegios —relacionados normalmente con libertades naturales— que el monarca concede a un grupo de súbditos, a un estamento social, a los habitantes de una región, etc. Tienen, por consiguiente, un claro *matiz esporádico y fragmentario* por un doble motivo: por referirse sólo a ciertos derechos o libertades y por afectar únicamente a determinado grupo de súbditos. Por otra parte, es de destacar también que estos precedentes medievales ostentan un *carácter paccionado* o contractual; ante excesos e intromisiones de la autoridad del monarca surge la queja de los vasallos y, constreñido por ella, *acuerda* aquél con sus súbditos que en lo sucesivo el poder real respetará esta o aquella libertad, lo cual en definitiva equivale a conceder al grupo beneficiado una situación de privilegio en relación con el resto de los súbditos. Como acertadamente sintetiza CASTÁN, tienen estos precedentes medievales dos características: ser restricciones del poder real, que vienen a reconocer, por lo general, privilegios o derechos ya existentes u observados con anterioridad, y manifestarse a través de documentos diversos, sin enlace orgánico ni sistemático [1].

[1] Como ejemplo típico cabe citar la *Carta Magna*, otorgada por el rey inglés Juan sin Tierra en 1215, en la que el monarca se obliga a respetar determinados derechos de los barones de su reino,

II. Los derechos fundamentales en la Edad moderna hasta el siglo XVII

La historia de los derechos humanos va a pasar en la Edad moderna, como en seguida veremos, por diferentes fases, pero hay un dato que debemos destacar como muy característico, a saber: que a partir del siglo XVI ya no encontraremos, como hasta ahora, privilegios o concesiones a favor de grupos o estamentos determinados, sino que las garantías y seguridades ofrecidas por el poder real se dirigen a todos los súbditos, con lo que se instaura un principio de generalidad que ya no será abandonado; es el momento de la generalización, al que nos referiremos en la **Lección XXXVI.**

La Edad moderna se ve convulsionada, en sus mismos comienzos, por las guerras religiosas –de una ferocidad increíble por uno y otro lado–, fruto de las dos actitudes enfrentadas en la Reforma y la Contrarreforma. No son sólo contiendas internacionales, sino también luchas internas en las que se persigue implacablemente a los «herejes», que son los cristianos fieles a Roma para los reformados y éstos para los católicos romanos. La lucha, en el terreno internacional, concluye con la Paz de Augsburgo (1555), en la que se consagra el absurdo principio *cuius regio, eius religio*, en virtud del cual los súbditos habrán de profesar la religión «oficial», es decir, la del príncipe que gobierne el territorio donde aquéllos residan.

Tan peregrina solución constituía un palmario ataque a la libertad de conciencia, por lo que fue la chispa que hizo nacer el movimiento en pro de la conquista de los primeros derechos fundamentales; y así, la aspiración más apremiante en este terreno fue la de conseguir de los reyes –ya fueran católicos o cristianos reformados– el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento y del derecho a profesar libremente una religión. En este orden de cosas fueron importantes logros el *Edicto de Nantes*, otorgado por Enrique IV de Francia (1598), el *Acta de tolerancia* de Maryland (1649) y la *Carta* del rey inglés Carlos II concedida a la también colonia americana de Rhode Island, por la que se autorizaba en aquel territorio la libre práctica de cualquier religión (1663).

Aquietada la cuestión religiosa, los esfuerzos se orientaron hacia la conquista de los derechos civiles y algunos derechos políticos. Fue en Inglaterra,

---

que ya los poseían con anterioridad. En la España medieval son muy frecuentes los pactos entre el rey y sus súbditos, generalmente acordados en Cortes y que suelen referirse al ejercicio de ciertas libertades y al establecimiento de garantías penales y procesales que ponían a los ciudadanos a cubierto de posibles excesos de poder del monarca. Mencionanse como los más importantes: el pacto acordado en las Cortes de León de 1188 entre Alfonso IX y su reino; los acuerdos de las Cortes de Burgos de 1301 y de Valladolid de 1322; el *Privilegio General de Aragón*, otorgado por Pedro III a este reino en las Cortes de Zaragoza de 1283, y la confirmación del mismo hecha por Pedro IV en las Cortes de Zaragoza de 1348, etc.

cuna del liberalismo lockiano, donde más pronto se cumplieron estas aspiraciones, plasmadas en tres célebres documentos: la *Petition of Rigths* (1628), la ley de Habeas Corpus (1679) y el *Bill of Rights* (1689) [2].

Por la extensa gama de derechos y libertades a que se refiere, el *Bill of Rights* constituye ya una «Declaración» de derechos; pese a ello, subsiste todavía en el documento el *carácter nacional* que antes se señaló, pues los parlamentarios afirman en el preámbulo que hacen la Declaración «para reivindicar y afirmar sus antiguos derechos y libertades». No se ha alcanzado todavía la cota de afirmar que los derechos y libertades competen a todo hombre.

En general, los documentos ingleses están aún lejos del espíritu de las Declaraciones posteriores, pero no cabe duda que evidencian un paso adelante en la evolución de los derechos humanos y, sobre todo, significan la plena entrada en la escena política del Parlamento como representación del pueblo, institución que será desde entonces una pieza clave en la construcción del Estado democrático. Para CASTÁN, los documentos ingleses ofrecen estas dos características: ser textos normativos y, por tanto, susceptibles de ser invocados por los ciudadanos ante los Tribunales; y su supervivencia histórica, a diferencia de los documentos de otros países, que tuvieron vida efímera, lo cual «responde al carácter peculiar de la Constitución británica, obra de una lenta y constante evolución y sin soluciones de continuidad».

III. LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LOS SIGLOS XVIII Y XIX

Un paso más en el proceso evolutivo de los derechos humanos va a producirse cuando en las Declaraciones se borre la referencia exclusiva a un pueblo determinado y no se hable ya de los «derechos de los ingleses», sino de los «derechos de los hombres». Esta *universalización* de los derechos humanos reconoce como una de sus causas el influjo del espíritu iusnaturalista, del derecho natural que tan sistemáticamente había construido la Escuela ra-

---

[2] En realidad, los tres documentos fueron fruto de las constantes tensiones entre la Corona y el Parlamento y de las luchas internas que padeció Inglaterra durante su agitadísimo siglo XVII *La Petition of Rights* procede de la polémica sostenida por Carlos I contra el Parlamento, al que solicitó recursos para subvenir a su política exterior; los parlamentarios no sólo le denegaron los subsidios pedidos, sino que protestaron contra los abusos del poder real y recordaron al monarca los derechos de que tradicionalmente habían disfrutado los ingleses, no siempre respetados por Carlos I. La ley sobre el *Habeas Corpus* —impuesta por un Parlamento hostil a Carlos II— venía a concretar una vieja institución inglesa disponiendo que ningún ciudadano podía ser detenido sin orden expresa y escrita, debiendo ser conducido ante los Tribunales en el plazo máximo de tres días. El *Bill of Rights* fue redactado por el Parlamento tras la huida del país de Jacobo II y ofrecido para su aceptación a Guillermo de Orange y a su esposa María como condición tácita para que ocuparan el trono vacante.

cionalista durante el siglo XVII y que pregonaba como uno de sus dogmas centrales la existencia de un ordenamiento jurídico superior al positivo y «aplicable a todos los hombres», del que se desprendían unos derechos igualmente atribuibles a todo ser humano.

Este paso, con el que se inician las auténticas «Declaraciones de derechos» modernas, lo dan también los ingleses, pero no en las islas, sino en las colonias americanas, en el momento mismo de acceder a su independencia. Aunque fueron varios los Estados de la Unión que formularon Declaraciones, la que mayor fama ha alcanzado es la de Virginia: *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia*, de 12 de junio de 1776; fue seguida, pocos días después (el 4 de julio) por la *Declaración de independencia de los Estados Unidos* [3].

Los mismos vientos inspiradores que habían soplado en América llegaron a Francia, dando lugar, en los momentos iniciales de la Revolución, a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789 y sancionada por Luis XVI el 5 de octubre; se incorporó después, a modo de preámbulo, a la Constitución de 1791. Su carácter «moderno» se aprecia ya en el título, tan preciso que distingue el *hombre* en cuanto tal y en cuanto *ciudadano*, es decir, miembro de una comunidad política: «Los derechos del hombre –dice SÁNCHEZ AGESTA– se definen como ámbito de su vida individual frente a la actividad del Estado; los derechos del ciudadano contienen las facultades del miembro de una sociedad política como partícipe del poder». La modernidad se confirma en todo su contenido, que se abre con el texto del artículo primero: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común». Esa universalidad del documento permitió que en él se inspirasen no pocas de las Constituciones que se fueron redactando en los otros países europeos desde comienzos del siglo XIX, en las que, como en seguida se verá, encontraron acomodo las Declaraciones de derechos [4].

---

[3] El carácter claramente universalista de ambos documentos es patente. En la Declaración de Virginia se lee, por ejemplo: «*Todos los hombres* son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...»; «*ningún pueblo* puede tener una forma de gobierno libre, ni los beneficios de la libertad, sin la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y sin retorno constante a los principios fundamentales»; «todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia...». En cuanto a la Declaración de independencia, afirma con solemnidad: «Sostenemos por evidentes por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...».

[4] La proximidad en el tiempo de las Declaraciones americanas y de la francesa ha planteado la cuestión del posible influjo de aquéllas en ésta, pues, en efecto, el tono general del texto galo e incluso expresiones y giros concretos recuerdan mucho la redacción de los documentos anteriores en unos años. La tesis contraria, en cambio, hace ver que las Declaraciones americanas evidencian un

La Declaración francesa tiene, como en otro lugar se ha indicado, un claro signo burgués, heredado, sin duda, del pensamiento de LOCKE: los derechos que destaca son los individuales y, de modo singular, la libertad y la propiedad, de la que dice que es, nada menos, «un derecho inviolable y sagrado»; lo cual atribuía unas garantías que podían considerarse suficientes para la burguesía, pero en modo alguno para la clase trabajadora, que quedaba investida, desde luego, del derecho de libertad, pero que difícilmente podría actuar libremente en sus relaciones con el capital frente al que se encontraba inerme y aislada dado que la propia Asamblea Nacional había abolido, el 4 de agosto, los gremios, que a fin de cuentas proporcionaban a la clase trabajadora una cierta posibilidad de acción concertada que le permitiera hacer frente a las exigencias, con frecuencia desmedidas, del capitalismo: «Las primeras consecuencias de la revolución industrial bajo el signo de la libre concurrencia –dice TRUYOL– habían dado lugar a condiciones de trabajo durísimas y muchas veces inhumanas, que ponían de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social».

Por ello, durante el siglo XIX, la lucha por los derechos humanos –conseguidos ya, en etapas anteriores, a las que más arriba aludimos, los individuales o civiles y en buena parte los políticos– se orienta hacia la conquista de los *derechos sociales*, de contenido laboral y económico, que garanticen el trabajo, la percepción de un salario justo, la existencia de seguridad personal en la prestación laboral, la libertad de sindicación, la extensión a los trabajadores del derecho de sufragio con supresión de los sistemas que lo otorgaban proporcionalmente a las rentas, etc. Las reivindicaciones del proletariado. con sus concomitantes convulsiones sociales, llenan la inquieta historia del siglo XIX, si bien en el aspecto que nos interesa aquéllas no se materializan en realizaciones concretas hasta entrado ya el siglo XX, con alguna excepción, como la Constitución francesa de 1848, que hace ya referencia a determinados derechos de los trabajadores.

Característica destacada en la pasada centuria es la de que se abandona el procedimiento de formular los derechos humanos en solemnes Declaraciones para dar cabida a los mismos en las Constituciones de los Estados, con lo que ya no son simples enunciaciones programáticas, sino que quedan incorporados a la norma jurídica fundamental de cada país. De modo paralelo, desaparece el tono normalmente enfático de las Declaraciones clásicas,

---

claro influjo de las ideas enciclopedistas, sin olvidar el papel relevante que tuvo el general Lafayette –imbuido de esas ideas– en el proceso emancipador de las colonias inglesas. La discusión –promovida en el fondo por actitudes chovinistas– parece ociosa, pues en realidad los textos de uno y otro lado del Atlántico respondieron a ideas comunes, singularmente las proporcionadas por el iusnaturalismo racionalista, aunque matizadas y concretadas por las necesidades históricas del momento en cada uno de los países.

que es sustituido por un estilo más recortado y técnico, propio del lenguaje jurídico. El cambio no es sólo estilístico, porque ahora no se trata de afirmaciones trascendentales, pero a menudo sin efectividad práctica, sino de reconocer a los individuos la posesión de unos derechos perfectamente determinados y rodeados de las garantías y seguridades que la propia Constitución establece; no se pretende formular una libertad abstracta e imprecisa, sino declarar un repertorio de libertades concretas.

IV. Los derechos humanos en la actualidad

La reivindicación de los derechos económicos y sociales, que hemos visto iniciarse en el siglo XIX, culmina, a partir de la segunda década del siglo XX, en el reconocimiento efectivo de aquéllos en no pocos países, completándose así el cuadro de los derechos humanos: civiles, políticos, económicos y sociales. Las dos Constituciones que antes y más desarrolladamente dan el paso —e influyen, respectivamente, en otros textos constitucionales americanos y europeos— son la mejicana de 1917, todavía hoy vigente, aunque con numerosas modificaciones, y la alemana (la llamada Constitución de Weimar) de 1919.

La incorporación de los derechos económico-sociales y culturales ha representado un notorio avance operado en nuestro siglo; sin embargo, la especial índole de tales derechos hace que su *status* y tratamiento constitucional sea diferente del de los derechos que podemos llamar «clásicos». En efecto, así como respecto de éstos el Estado no tiene otra misión que la de garantizarlos y tutelar su efectivo ejercicio por parte de los individuos, tratándose de los derechos económico-sociales y culturales no puede aquél mantenerse en esa actitud de una cierta pasividad, sino que la satisfacción de los mismos requiere una acción estatal positiva que ponga las condiciones fácticas precisas para que puedan ejercitarse de modo real. Si se reconoce, por ejemplo, el derecho a una vivienda digna o el derecho a la salud, el ejercicio efectivo de ellos requiere por parte del Estado la ejecución de un plan de construcciones o la realización de un adecuado sistema asistencial y hospitalario. La presencia de tales derechos en las Constituciones implica, desde luego, un cierto compromiso del Estado para implantar las condiciones necesarias para su ejercicio, pero no otorga a los titulares una posibilidad «inmediata» de satisfacción ni, por tanto, pueden esgrimirse ante los Tribunales, como sucede con los demás derechos; de suerte que vienen a ser como líneas programáticas de una futura acción de la Administración. No se crea por ello que han quedado en estéril declaración vacía de todo contenido ni que su reconocimiento ha constituido una victoria pírrica, un triunfo retórico, pues resulta incuestionable que la inclusión de esos derechos en el

texto constitucional representa un fuerte factor de presión frente al Estado para que ponga las condiciones adecuadas de modo que su ejercicio llegue a ser una realidad [5].

Desde el punto de vista formal, se continúa en esta centuria el sistema ya iniciado en la precedente de incluir las Declaraciones de derechos en los textos constitucionales, si bien en la segunda postguerra mundial aparecen nuevamente textos extraconstitucionales por ser de origen supranacional, como en seguida veremos. Las Constituciones actuales, en el aspecto que nos ocupa, se caracterizan por haber abandonado el tono generalmente enfático de las del siglo pasado, con lo que han ganado en rigor técnico y en contenido jurídico, siendo de destacar de modo especial el perfeccionamiento a que han llegado en lo que se refiere a la efectividad de las garantías de los derechos fundamentales. Por otra parte, en las Constituciones actuales ha desaparecido todo rastro de la concepción individualista que campeaba en los textos del XIX, siendo sustituido por una línea de solidaridad y de una cierta «socialización», —de la que es buena muestra el reconocimiento de los derechos económico-sociales y culturales—, de modo que el ejercicio de los derechos individuales se contempla como enmarcado dentro de un contexto social cuyos intereses y valores no pueden ser perjudicados por dicho ejercicio. Sin que por ello desaparezca la concepción humanista que tiene siempre presente el valor de la persona.

El presente siglo ha padecido dos guerras mundiales, que han producido las tremendas convulsiones de todo orden que cabía esperar. En lo que toca a nuestro tema, en el período que transcurre entre las dos conflagraciones se produce un fenómeno político de gran trascendencia: la aparición de los regímenes totalitarios, consustancialmente hostiles a los derechos de la persona y a cuya cuenta hay que apuntar la comisión de gravísimos crímenes por la grave violación de los más elementales derechos del individuo y de los grupos humanos. No es de extrañar por ello que apenas restaurada la paz, y aun antes de llegar ésta, la conciencia universal clamara por la restauración de aquellos derechos, pero no ya sólo mediante proclamaciones nacionales, sino a través de solemnes enunciados universales.

---

[5] Este tratamiento de los derechos económico-sociales y culturales se advierte con toda claridad en la Constitución española de 1978. A ellos le dedica el capítulo tercero del Título primero, en cuya rúbrica no les llama «derechos», sino que les designa muy significativamente «principios rectores de la política social y económica»; y en el articulado los verbos que se manejan son *asegurar, velar, fomentar* y, sobre todo, *promover* con referencia siempre al Estado como sujeto de los mismos. Y cuando en el capítulo cuarto se habla de las garantías de las libertades y derechos fundamentales se dice que los reconocidos en el capítulo segundo «vinculan a todos los poderes públicos», con lo que quedan excluidos los del capítulo tercero, los cuales *no vinculan* a los poderes públicos o, lo que es lo mismo, nadie puede exigir de éstos un cumplimiento inmediato del texto constitucional en los artículos que versan sobre los derechos económico-sociales y culturales, y «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», de modo que, en tanto tales leyes no se dicten, quedan los derechos en la situación de «principios rectores» o líneas programáticas de la actuación del Estado.

Así, la Conferencia de San Francisco, de junio de 1945, aprobó la *Carta de la organización de las Naciones Unidas*, que dio nacimiento a este organismo internacional una de cuyas primeras misiones fue la redacción de un código de derechos del hombre, ya reconocidos en la *Carta*. Creada una Comisión especial, presentó el proyecto a la Asamblea General, que en su sesión del 10 de diciembre de 1948 aprobó la *Declaración universal de derechos humanos*.

La *Declaración* fue complementada, en el seno de la propia ONU, por el *Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales*, suscritos ambos en 1966. Sin esta dimensión plenamente internacional y sólo con alcance territorial limitado, deben mencionarse la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, aprobada en Bogotá, en 1948, por la IX Conferencia Internacional Americana, y la *Convención de Salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales*, suscrita en Roma, en 1950, por la mayor parte de las naciones europeas.

Junto a los textos procedentes de los organismos internacionales, han aparecido en nuestra época –como prueba de la grave preocupación que el tema suscita en todos los terrenos– Declaraciones de origen eclesial, como la encíclica *Pacem in terris*, de Juan XXIII (1963); ciertos pasajes de la Constitución *Gaudium et spes*, del Concilio Vaticano II (1965), y la *Recomendación sobre los derechos del hombre*, del Consejo Mundial de las Iglesias, aprobada en su sesión de enero de 1971.

Cabe señalar, para terminar, que tanto en las Declaraciones internacionales como en las procedentes de los ámbitos eclesiásticos, no sólo se reconocen paladinamente todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, sino que se aborda también el tema de los derechos de los grupos (minorías étnicas, religiosas, etc.), para los que igualmente se recaba protección en atención a ser titulares de unos derechos tan respetables como los de los individuos. Sin duda, el recuerdo de los actos de genocidio cometidos en nuestro tiempo ha motivado la alusión a los derechos de las minorías.

LECCION XXXIV

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Necesidad de una fundamentación de estos derechos

Es incuestionable que, como páginas atrás decíamos, los derechos humanos tienen hoy una total aceptación y disfrutan de un universal reconocimiento, otorgándoseles, además, una primacía respecto de cualesquiera otras facultades o derechos que pueda ostentar el sujeto, como queda bien patente en las Constituciones de todos los países, en las que –independientemente de la sinceridad con que se haga– se consagran y reconocen los derechos fundamentales apelando a las expresiones más enfáticas.

Pero ese universal consenso a que se ha llegado en cuanto al reconocimiento y exaltación de los derechos del hombre nos obliga a inquirir las razones de ello. ¿Qué hay en los derechos humanos que suscita tan unánime respeto y que mueve a situarlos sobre todo otro derecho subjetivo? Pregunta ésta que no hace sino plantear el problema del fundamento de los repetidos derechos: ¿en qué se apoyan, de dónde brotan, cuál es su fuente?

Acaso habría que empezar por justificar todo el contenido de este capítulo, esto es, por defender la necesidad de una fundamentación de los derechos humanos, pues no han faltado autores –como Bobbio, al que en seguida nos referiremos– que, desde la tesis marxista de atención exclusiva a la *praxis*, sostiene que respecto de estos derechos lo importante no es justificarlos sino esforzarse por que se den las condiciones necesarias para su efectividad, entendiendo que ante una realidad tan evidente es *ocioso* perder tiempo en mostrar su existencia, que todo el mundo da como real; pero, como dice el profesor Pérez Luño, a la afirmación de Bobbio de que hay una convicción generalmente compartida de que ya están fundados, cabe objetar que «la constante violación actual de los derechos humanos

muestra la falta de arraigo y la precariedad de esas pretendidas convicciones generales compartidas» [1].

En lo que sigue haremos referencia, con la necesaria brevedad, a las principales líneas doctrinales en el tema que nos ocupa.

II. Doctrina relativista

Nos referimos de modo concreto a Norberto Bobbio como uno de sus más destacados mantenedores. Para este autor, es inútil buscar un fundamento absoluto a los derechos humanos: «Hoy día –afirma– esta ilusión no es posible; toda búsqueda del fundamento absoluto no está, a su vez, fundada». Aduce cuatro razones para justificar su aserto: *a)* la vaguedad de la expresión (y aun del concepto mismo) de «derechos del hombre»; *b)* la variabilidad histórica de los mismos; *c)* su heterogeneidad, y *d)* las antinomias que aparecen entre los derechos invocados por los distintos sujetos. La conclusión a que llega es ésta: «No se trata de encontrar el fundamento absoluto –hazaña gloriosa, pero desesperada–, sino de hallar los diversos fundamentos posibles».

A nuestro juicio, las cuatro objeciones formuladas por el autor italiano son rebatibles. En cuanto a la primera, la aducida vaguedad del concepto «derechos del hombre» (y, consiguientemente, de la expresión que los designa) no puede esgrimirse como argumento contra la posibilidad de su fundamentación, pues se incurre en una petición de principio: no cabe argüir que no puede fundamentarse el concepto porque es vago, ya que esa vaguedad subsistirá, precisamente, mientras no se dé al concepto un adecuado fundamento. Respecto de la variabilidad temporal, es el argumento típico de todo relativismo histórico, que no distingue entre los principios y su realización diacrónica, es decir, su diversa plasmación o efectividad en cada momento histórico, negándose a ver que esa variación en las manifestaciones concretas no arguye nada en contra de la unidad del principio. La heterogeneidad de los derechos humanos, aducida también por Bobbio, se manifiesta en la realidad porque son heterogéneos igualmente los distintos aspectos de la personalidad del sujeto que cada derecho tiende a proteger; el derecho a la vida y el derecho a la educación –por poner un ejemplo de derechos bien distintos en su realización y contenido– no están más alejados entre sí que puedan estarlo otros derechos subjetivos no fundamentales sin que por ello

[1] Esta actitud es, por lo demás, escasamente filosófica y dudosamente científica. Para la filosofía, como para la ciencia, no hay *obviedades* que, por su evidencia empírica, excusen de su estudio: no habrá que demostrar que existen, pero siempre presentarán el interrogante de por qué existen. Es obvio que las manzanas caen desde el árbol, pero ello no eximió a Newton de explicar la razón de la caída.

quepa negar que existe un concepto unitario de derecho subjetivo. Por último, las posibles antinomias entre derechos fundamentales son pura consecuencia de los diferentes contenidos y finalidades de los mismos, como antinomias y contradicciones o colisiones se producen en el ejercicio de los derechos subjetivos en general, cuya titularidad corresponde a diferentes sujetos.

Por lo demás, el propio BOBBIO no pone demasiado énfasis en su tesis y parece que, en el fondo, lo que hace es desentenderse del problema de la fundamentación para, con un claro sentido pragmático, centrar la atención en la realización fáctica de los derechos fundamentales. Y así, a continuación de la frase antes transcrita, añade: «Sin embargo, aún esta búsqueda de los posibles fundamentos –hazaña legítima y no condenada al fracaso como la otra– no tendría importancia alguna si no va acompañada del estudio de las condiciones, medios y situaciones en que tal o cual derecho puede realizarse».

III. DOCTRINA AXIOLÓGICA

Una segunda posición sería la que, con toda razón, puede llamarse axiológica, postura hoy muy generalizada que justifica la existencia de los derechos fundamentales en la realidad de unos valores que se dan en la persona humana –vida, libertad, dignidad, etc.– para cuya plena realización y protección se estima necesaria la atribución al sujeto de unos derechos que están por encima de las veleidades y mudanzas del ordenamiento jurídico positivo. Dado que aquéllos son valores fundamentales, supremos y primarios de la persona humana, iguales características han de reconocerse a los correspondientes derechos [2].

Que tales valores existen es incuestionable, mas lo que ya no parece tan claro es que de los mismos puedan derivarse unos derechos. Conforme a la tesis iusnaturalista, el deber ser puede proceder del orden del ser, pero este

[2] En la doctrina reciente, corresponde a esta posición axiológica la mantenida por el profesor Eusebio FERNÁNDEZ, para quien el fundamento de los derechos humanos –que él prefiere llamar «derechos morales», expresión a nuestro juicio transida de riesgos– «no puede ser más que un fundamento ético axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana». Desde este punto de partida, y considerando que la dignidad humana se explicita en los tres valores de seguridad, libertad e igualdad, explica qué derechos humanos se «derivan» o «deducen» de cada uno de ellos. La interesante aportación de Eusebio FERNÁNDEZ le sitúa entre la tesis iusnaturalista y la positivista o legalista, pretendiendo una solución conciliadora. Está de acuerdo con el iusnaturalismo en que por encima del derecho positivo hay una realidad que se le impone («valores superiores al derecho positivo a los cuales éste debe estar subordinado»); y reconoce con el positivismo que los derechos humanos exigen el reconocimiento del derecho positivo.

punto de vista no es aquí aplicable, pues, como es sabido, los valores tienen un modo de existencia distinto del de las cosas, de tal suerte que no pertenecen al orden del ser, de donde pudiera transitarse al orden del deber ser. En verdad, la relación causal valor-derecho no se da tampoco en los derechos subjetivos no fundamentales; aun admitiendo que todo derecho protege un valor, lo cierto es que tales derechos se originan en la norma jurídica que los confiere al sujeto, por lo que en realidad no nacen *del valor, sino con ocasión del valor.*

Tratándose de los referidos valores básicos, más bien podría afirmarse que la existencia de los mismos lo que origina es el deber en el legislador de dictar normas adecuadas para su protección o, dicho de modo más general, el deber de crear, a través del ordenamiento jurídico, las condiciones idóneas para una plena realización de esos valores.

IV. Doctrina lógico-sociológica

Una posición original, en esta tarea de búsqueda de un fundamento a los derechos humanos, es la adoptada por Perelman y que podría calificarse como tesis *lógico-sociológica.* Después de reconocer paladinamente la insuficiencia de toda postura positiva para justificar la existencia de aquellos derechos, no cree tampoco que el iusnaturalismo pueda ofrecer una solución, dada la nota de inmutabilidad con que sus mantenedores suelen adornarle: «En defecto de fundamento legislativo –dice– nada obliga a buscar un fundamento a estos principios en un Derecho natural elaborado de una vez por todas y que ninguna reacción ulterior de la conciencia podría modificar ni precisar».

En su lugar propone una fundamentación en la experiencia y la conciencia morales, pero no de cada sujeto individual, sino de una especie de consenso en que vienen a coincidir los «espíritus razonables». El proceso se configura así: hay, en primer lugar, una «toma de posición del teórico que resultará de una decisión personal»; pero este inicial personalismo se diluye y generaliza porque tal decisión personal la adopta el teórico en cuanto «se presenta como válida para todos los espíritus razonables». La propuesta se carga así en la cuenta de una casta especial de hombres: los filósofos. Pero para evitar el riesgo –que el propio Perelman detecta– de un a modo de despotismo ilustrado, procede a un segundo grado de generalización: «Las soluciones contingentes y manifiestamente perfectibles presentadas por los filósofos –afirma– no pretenden ser razonables sino en la medida en que estén sometidas a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales y competentes para juz-

gar acerca de ellas», o, como más adelante dice, «todos los que son considerados como interlocutores válidos en las cuestiones debatidas».

La posición de PERELMAN, que evoca ecos del imperativo categórico kantiano, de la ética de situación y de la teoría de RECASÉNS sobre el «logos de lo razonable» (la idea de lo razonable, escribe PERELMAN, «condiciona para mí el ideal secular de la filosofía»), se resiente a nuestro juicio de vaguedad e imprecisión. Los derechos humanos, según el autor que comentamos, encontrarían su fundamento en la opinión ético-jurídica conformada en la conciencia de una *élite* de «notables», aunque luego, por la esencia misma de tales derechos, fuesen atribuidos a todos los hombres. Mas, ¿cómo y quién determina la composición de esta aristocracia ética? ¿Quiénes y en virtud de qué criterio establecido por no se sabe qué instancia pueden catalogarse como «hombres normales y competentes», como «interlocutores válidos en las cuestiones debatidas»? La presunción de existencia de un grupo sociológico selecto en cuyo seno se engendran las decisiones ético-jurídicas, ¿no está condenando de raíz el carácter universal de los derechos humanos?

V. DOCTRINA LEGALISTA

La tesis de PERELMAN no podría satisfacer tampoco a los partidarios de la solución *legalista.* Conforme a ella, los derechos humanos encuentran su fundamento en la ley positiva, en el ordenamiento jurídico que los acoge y rodea de garantías para su ejercicio; de tal suerte que, antes de su incorporación a la normativa positiva, carecen de entidad como tales derechos humanos. Y no hay que decir que cuando se habla de «ley» se entiende que es la que se legítima por la voluntad popular expresada a través de un sistema auténtico de representación, con lo que, en definitiva, el último fundamento de los repetidos derechos se hallará en dicha voluntad popular. La actitud legalista –que es la adoptada, en general, por quienes prefieren no optar por la solución iusnaturalista sin caer en un puro relativismo– está hoy bastante difundida; entre nosotros está mantenida, junto con otros autores, por el profesor PECES-BARBA. Afirma este autor que «dos derechos fundamentales se completan con su recepción en el Derecho positivo». Y más adelante: «Un derecho fundamental no alcanza su plenitud hasta que no es reconocido en el Derecho positivo. Sólo si, amparado en una norma, es un derecho subjetivo, tiene posibilidad de nacer a la vida jurídica y, por consiguiente, de actuar como tal derecho en manos de su titular en las relaciones sociales».

Para PECES-BARBA, por consiguiente, si un derecho humano no se halla reconocido y amparado por una norma positiva no es derecho, sino un valor cuya realización resultará siempre deseable, pero que, desde luego, no está en el mundo jurídico. Mas tal concepción, aparte de los peligros que entraña

y a los que después aludiremos, presenta un obstáculo a nuestro juicio muy grave. Porque si los derechos humanos no son derechos en un ordenamiento que no los reconozca, ¿en nombre de qué cabrá justificar la revolución? Si suponemos la hipótesis de un Estado tan absolutamente despótico que no recoja en su ordenamiento ningún derecho, ¿habremos de afirmar que los súbditos no dispondrán de lo que la tradición escolástica llamaba el «derecho» a la resistencia? El hecho revolucionario sólo se legítima cuando el poder impugnado ha desconocido derechos fundamentales de los súbditos, para lo cual es forzoso que esos derechos existan. Claro que se puede argüir que la revolución se justifica por la lesión o desconocimiento por el poder de ciertos valores, situados en lugar preeminente de la escala axiológica; más habrá que repetir que, en cualquier caso, en los súbditos tendrá que darse un «derecho» a la rebelión. ¿Cómo, si no es así, distinguir la revolución legitimada de la pura subversión?

Cosa distinta es el tema de la vigencia efectiva o práctica de los repetidos derechos dentro de un ordenamiento jurídico concreto. Es claro que si en el mismo no se ha reconocido un determinado derecho natural, los particulares no podrán alegarlo ante los Tribunales para fundamentar sobre él reclamación alguna; el derecho en cuestión no existirá a los efectos procesales ni, en general, jurídico-prácticos, pero seguirá vigente en la dotación jurídico-natural de cada individuo. Pensar otra cosa equivale a entregar el orden jurídico-natural a las veleidades del poder político, que tendría en su mano, como formidable Leviatán, la posibilidad de existencia o inexistencia de algo tan entrañablemente unido a la personalidad del sujeto como sus derechos fundamentales. Toda la esforzada y multisecular trayectoria de la idea iusnaturalista, empeñada en la afirmación de que frente al poder tiránico e injusto el hombre tiene siempre la posibilidad de apelación a un orden jurídico suprapositivo, se vendría abajo y resultaría estéril si acabásemos por aceptar que la existencia de los derechos naturales está supeditada a la condición de que los mismos hayan sido incorporados de facto al ordenamiento jurídico del Estado.

VI. Doctrina iusnaturalista

La posición *iusnaturalista*, en cambio, remontándose por encima de los ordenamientos jurídicos positivos —y, como tales, contingentes—, prefieren asentar los derechos humanos en un orden superior, objetivo, que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y al que, por consiguiente, pueda apelarse en todo tiempo y lugar.

Las razones que, a nuestro juicio, militan en favor de esta solución —que ha alcanzado hoy una difusión lógicamente consecuente con la extensión lo-

grada por el iusnaturalismo– han sido ya expuestas en la crítica realizada a las posiciones anteriormente reseñadas. Añadamos ahora alguna consideración más. ¿Qué es en realidad un derecho? Es una situación de ventaja o privilegio que ostenta un sujeto respecto de una cosa o respecto de otros sujetos: el derecho de crédito otorga al acreedor una posición ventajosa sobre el deudor, el derecho de propiedad constituye al propietario en postura de privilegio en relación con la cosa de que es dueño y respecto de los demás que no lo son, etc. Ahora bien, es evidente que la convivencia social –dentro de la cual se manifiesta lo jurídico– exige que tal situación no sea consecuencia de una decisión unilateral de quien resulta privilegiado: las situaciones primadas han de ser objeto de una ordenación y en el área de lo social no hay otra ordenación posible –con pretensiones de imposición forzosa– que la que proviene de la norma jurídica. Por consiguiente, todo derecho, y también, naturalmente, los derechos humanos, ha de fundarse en una norma; sin ella, podrá hablarse de expectativa, deseo, interés, voluntad, utilidad e incluso fuerza, pero no de *derecho* en el sentido estricto del término.

Esto supuesto, no cabe sino una alternativa: esa normatividad necesaria para que en ella se asienten los derechos fundamentales o es el ordenamiento jurídico positivo o es otro ordenamiento distinto del procedente del legislador. Mas optar por lo primero presenta los inconvenientes que antes se apuntaron al hacer la crítica de la posición legalista: repugna a la conciencia y a la dignidad humana admitir que èl que el hombre ostente o no los llamados derechos fundamentales, afectantes a los aspectos más íntimos y entra ñables de la persona, dependa tan sólo de la vigencia de las norm quieran otorgarlos. Habrá, pues, que atender a la segunda posibilid presupone, lógicamente, la aceptación de ese ordenamiento distinto sitivo, ya que, como dice BATTAGLIA, «la afirmación de que existen al derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esenci solutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y cesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a vez, preliminar y fundamental respecto a éste».

Claro que se puede reargüir que no es dable pensar que el legislador, al tratar en sus normas de los derechos humanos, actúe en un plano puramente voluntarista y que las normas que dicte no procederán, en definitiva, de su libérrima voluntad, sino que vendrán condicionadas por una serie de factores que determinarán el sentido y alcance del mandato sin que, por tanto, el otorgamiento o no de aquellos derechos dependa de trio. Pero si entre los que el legislador tenga en cuenta se tores suprapositivos, entonces estamos transitando hacia un naturalista; y si, por el contrario, únicamente se considera sociológicas, culturales, económicas, etc., estamos subordinando en su más respetable intimidad –la expresada en los derechos hu

a unos factores que, con toda evidencia, están por debajo de él en la escala axiológica.

Desde el punto de vista histórico, es incuestionable que cuando, en el siglo XVIII, comienza a abrirse la conciencia de la Humanidad a la idea de los derechos humanos, nadie duda de que los mismos proceden del *ius naturale* y reciben por ello el nombre de derechos naturales, subrayando su vinculación con la naturaleza humana [3].

Nuestra propia Constitución de 1978 evidencia, en relación con los derechos humanos, una inspiración iusnaturalista cuando en el artículo 10, que abre el Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, se expresa así: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes...»; además, son abundantes los artículos que, en relación con esos derechos, emplean el verbo *reconocer*, que envuelve la afirmación tácita de que el derecho ahora reconocido tenía previa existencia (en este punto, sin embargo, el texto constitucional es indeciso, pues junto a reconocer utiliza en otras ocasiones *garantizar, proteger, promover, fomentar*, etc.).

La fundamentación iusnaturalista que propugnamos requiere ciertas precisiones. En repetidas ocasiones, a lo largo de esta obra y en otros lugares, hemos dicho que preferimos hablar, más que de derecho natural, de *objetivismo jurídico*, entendiendo por tal la afirmación de una realidad metajurídica que, de algún modo, condiciona y limita la actividad del legislador. Una realidad que no tiene por qué ser un ordenamiento cerrado, hermético, *more scholastico*, sino conectado, desde luego, a la naturaleza humana, pero también a otros factores que vendrían así a colaborar en la atribución a aquella realidad de un contenido concreto. Las únicas afirmaciones «dogmáticas» del objetivismo jurídico serían la de que esa realidad transpositiva es ya jurídica, esto es, preceptiva (no meramente inspiradora o ejemplar) y la de que el derecho positivo es tributario de la misma. Salvado esto, no vemos incon-

[3] El apartado I de la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* afirma «que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...»; la Declaración de independencia de los EE. UU. comienza así: «Cuando, en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto, separado e igual, a que las leyes de la naturaleza, y del Dios de esa naturaleza, le dan derecho...»; la *Declaración* francesa de 1789, que emplea siempre la expresión «derechos naturales», dice en su artículo 1. que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...»

Y también encontramos ejemplos de posiciones iusnaturalistas en textos contemporáneos. Así, el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, de 1966, reconoce en su preámbulo que los derechos fundamentales «se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana»; la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* afirma que «los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana»; en la encíclica *Pacem in terris* se lee que «todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre y que, por tanto, de esa misma naturaleza, y directamente, nacen al mismo tiempo derechos y deberes....

veniente en admitir en ella toda suerte de plasticidades, incluso las derivadas de la necesaria adecuación al diacronismo histórico (otra cosa –de mucha menos importancia– es que, aclarado el contenido semántico, se siga utilizando el continente terminológico de la expresión «derecho natural»).

Sentado lo anterior, la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos se condensa en el aserto básico de que éstos no son creación de las normas positivas y que, por consiguiente, existen previamente al reconocimiento que éstas les confieran, si bien en esa existencia previa tengan una dudosa eficacia práctica.

LECCION XXXV

LIMITES Y GARANTIAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. La limitación del ejercicio de los derechos fundamentales

Descartado el carácter absoluto de los derechos humanos (V. **Lección XXXII**), habremos de afirmar que la limitación afecta a todos ellos. Con independencia de los límites específicos de que en seguida nos ocuparemos, hay una primera *limitación genérica*: si los derechos –todos los derechos– son proyecciones del sujeto en cuya personalidad se insertan y si, por otra parte, la persona humana es esencialmente limitada, esta limitación tendrá forzosamente que alcanzar también a los derechos de que el hombre sea titular.

El profesor Peces-Barba, que ha tratado este tema con especial desarrollo, distingue dos especies de límites, los intrínsecos y los extrínsecos y a ese esquema nos sujetamos nosotros [1].

II. Límites intrínsecos

Son aquellos que se derivan de la propia naturaleza de los derechos, que ostentan el carácter finalista de todo lo humano. Cada derecho fundamental protege un determinado valor de la persona, de modo que sólo se justifica en tanto en cuanto su ejercicio sea realizado con esa orientación teleológica;

[1] Procede una puntualización terminológica. Generalmente, los autores, y también el mencionado, utilizan la expresión «límites de los derechos», aplicada a los derechos fundamentales, cuando más acertado sería referirse a «*límites del ejercicio de los derechos*». Un derecho subjetivo y, por consiguiente, un derecho humano, en tanto no se ejercita no experimenta limitación alguna; las posibles restricciones empiezan a operar únicamente cuando el titular pone en marcha la pretensión frente a terceros que yace en todo derecho.

ejercer un derecho más allá de su expresa finalidad no es ya usar el derecho, sino abusar de él. Precisamente sobre esta base se ha elaborado en el presente siglo por la doctrina –contribuyendo también a la construcción, en buena medida, la jurisprudencia– la teoría del «abuso del derecho», que se opone a la concepción individualista antes mencionada. Es verdad que la doctrina del abuso del derecho se ha formulado en relación con el ejercicio de los derechos positivos, pero sin duda es perfectamente aplicable también a los derechos humanos.

III. Límites extrínsecos

Como tales señala Peces-Barba los derechos de los demás, la moral, el orden público y el bien común.

A) El límite provinente de *los derechos de los demás* se basa en el dato del indeclinable carácter social que tiene todo lo jurídico. El derecho se mueve siempre dentro de un contexto social, por lo que en él han de ejercitarse los derechos subjetivos; ahora bien, la presencia en el grupo de otros sujetos con idénticos derechos que el titular (recuérdese la nota de universalidad más arriba tratada) impondrá necesariamente unos límites a la actuación de éste: mi derecho se verá limitado por el derecho del otro, de igual condición que el mío, y viceversa.

B) Como el hombre está sometido al *orden moral*, las prescripciones de éste constituirán también un límite para el ejercicio de los derechos humanos. Por supuesto, no nos estamos refiriendo a una moral concreta, expresada en catálogos de preceptos, como puede ser la cristiana o la musulmana; dichas morales concretas, adscritas por lo general a un credo religioso, es claro que no pueden esgrimirse frente a quienes no comulgan en él. Aquí hablamos de la *moral social*, que es el conjunto de valores éticos reconocidos y aceptados como vigentes por una determinada sociedad; cada grupo considera unas conductas como éticamente positivas y otras entendidas como reprobables según el sentir general. Esta moral no es la misma en todas las sociedades y tiene un acusado componente histórico, de suerte que sus postulados, dentro del mismo grupo, pueden variar al compás de los cambios operados en él, si bien hay ciertas ideas éticas más arraigadas que suelen ser permanentes. Cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione esta moral social es claro que la misma constituirá un límite a dicho ejercicio. Tal sería, por ejemplo, el caso de quienes, aduciendo el derecho a la asociación, pretendiesen crear una organización para la corrupción de menores (independientemente de la prohibición penal que, como en el ejemplo propuesto, suele recaer sobre los actos contrarios a la expresada moral social).

C) El tercer límite extrínseco viene impuesto por el *orden público*, noción que conviene aclarar para entender claramente su función limitativa. Generalmente, por «orden público» se entiende el puro orden callejero o, como gráficamente describe RECASÉNS, «ausencia de perturbaciones materiales, tales como alborotos, algaradas, motines, sediciones, en suma, ausencia de desórdenes». Pero el concepto que examinamos es un concepto jurídico y su contenido es notoriamente más amplio que el que se expresa en aquella idea primaria (aunque RECASÉNS, al considerarlo como límite de las libertades, lo deja reducido a la definición transcrita). Para nosotros, el orden público es eso, pero no sólo eso, sino también una serie de factores cuya ausencia haría imposible una convivencia aceptable: el respeto por la legalidad, la delimitación de las esferas del poder, la existencia de una seguridad jurídica. De acuerdo con todo ello, definimos el orden público como *el conjunto de condiciones de la vida de convivencia que hacen posible que los individuos y los grupos puedan alcanzar y desarrollar sus fines peculiares en un ambiente de seguridad y paz social* [2].

Así entendido el orden público, parece evidente que debe constituir un límite al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, cuando éste puede lesionar o perturbar aquél, pues el grupo, el conjunto –el orden público es un valor social– no puede quedar a merced de la actuación de uno de sus miembros, por más que se trate del ejercicio de un derecho fundamental. El riesgo de esta posición, sin embargo, es el de deslizarse hacia una concepción «transpersonalista» del orden público, con la exaltación de lo comunitario y relegando a la persona individual, lo que, desde una posición decididamente humanista, consideramos inaceptable.

D) El *bien común* –o «bienestar general» como prefiere llamarle RECASÉNS– plantea unas cuestiones similares a las que se desprenden de la idea de orden público. También aquí estamos ante un concepto que hace referencia a algo colectivo, social (el mismo adjetivo «común» es revelador) e igualmente se cierne el peligro de una concepción transpersonalista que entienda el bien común como un bien propio de la colectividad a cuyo servicio hayan de estar incondicionadamente los bienes particulares y los mismos individuos. En la configuración de la idea ha de ponerse, pues, exquisito cui-

[2] Creemos necesario insistir en el contenido dúplice del concepto de orden público, tal como nosotros lo entendemos. Cuando en la definición que hemos dado se habla de *seguridad y de paz social* no nos referimos de modo exclusivo a la seguridad ciudadana, a la mera paz exterior o «paz policial», pero tampoco las excluimos. En la idea entran elementos no fácticos, como el muy importante de la seguridad jurídica, mas también se hallan presentes los que atañen al desarrollo cotidiano de una convivencia tranquila, no crispada ni temerosa. Reducir el orden público a la paz exterior ha sido siempre el ideal de los sistemas totalitarios, que han encontrado por ahí el más cómodo camino para una limitación abusiva de las libertades; pero excluirla del concepto es incurrir en una peligrosa utopía, pues es incuestionable que en el desorden, en la intranquilidad, se hace imposible el normal ejercicio de esas mismas libertades.

dado para conciliar adecuadamente lo que de transpersonalista tiene que contener, por su inexcusable referencia a lo social, y una visión también humanista. Ya que en definitiva de nada servirá el bien común si el beneficiario del mismo no es, junto con la sociedad, cada uno de sus miembros: no pensarlo así es situarse en una posición totalitaria.

El bien común se integra por un conjunto de circunstancias, condiciones y realidades fácticas. Una sociedad posee un bien común próspero cuando en ella se da una buena administración de justicia, una adecuada red de transportes, una suficiente asistencia sanitaria, un eficaz sistema educativo, una organización cultural bien dotada, etc., etc., es decir, cuando «las cosas marchan bien». Dada la necesaria conexión entre el bien común y los bienes particulares, allí donde existan tales condiciones no sólo será próspero aquél, sino que esa prosperidad se comunicará a los miembros del grupo; de igual modo que un bien común deteriorado dificulta el crecimiento de los bienes particulares [3].

Seguramente una de las definiciones más correctas del bien común es la ofrecida por JUAN XXIII en la encíclica *Pacem in terris* –sobre el precedente de la que formulara Pío XII en el mensaje navideño de 1942–, diciendo que es el *«conjunto de condiciones sociales que permiten a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección»*. Desde esta concepción, se comprende que el bien común pueda representar un límite al ejercicio de los derechos –de todos, incluso los fundamentales– en los supuestos en que tal ejercicio impida o dificulte a los ciudadanos ese desarrollo de sus potencialidades. La justificación de la limitación está, como se ve, no tanto en el bien común en sí mismo considerado cuanto en la repercusión que su deterioro produciría en los sujetos individuales, que, en este punto de vista humanista, son, a fin de cuentas, los beneficiarios de dicho bien común.

IV. LIMITACIONES DE DERECHOS Y SEGURIDAD JURÍDICA

El tema de las limitaciones de los derechos fundamentales está bordeando constantemente la seguridad jurídica y, si no se le da un tratamiento legal adecuado, representa un riesgo permanente para las libertades de los sujetos; de ahí la aprensión con que es abordado por los autores, aun reconociendo la necesidad de prever y establecer tales límites.

---

[3] De ahí que los individuos no deban desentenderse del bien común, considerándolo como algo ajeno con lo que nada tienen que ver. Es «ajeno», sí, en cuanto que su titular es la sociedad, pero de su más alto o más bajo nivel dependen los bienes propios de cada uno. Esta interconexión entre lo comunitario y lo particular la apreciaba claramente aquel legionario romano que, con todo acierto, decía: «Prefiero ser pobre en un Imperio rico que rico en un Imperio pobre». El esfuerzo de cada uno por colaborar en el incremento del bien común no es, pues, sólo un deber de ciudadano sino, a la postre, una acción interesada en favor del propio bien particular.

En los países no democráticos o en aquéllos en que la democracia no tiene el debido desarrollo, la apelación a las limitaciones es el recurso más cómodo para dejar las manos libres al poder mermando la eficacia de los derechos fundamentales (que, por otra parte, suelen ser allí una pura entelequia, una mera declaración formal de la Constitución). Pero incluso donde está implantado el Estado de derecho, esta materia es delicada por demás, pues si las leyes no son demasiado estrictas a la hora de fijar límites a los derechos humanos, el poder se debilita inevitablemente y se fomenta la anarquía; si, al contrario, el ordenamiento jurídico se excede en el señalamiento de limitaciones, padece la libertad de los súbditos y se abre la puerta a la tiranía. En cualquier caso, lo que procede es que las leyes reguladoras del repetido ejercicio sean absolutamente precisas y claras para que quede a salvo la seguridad jurídica de los ciudadanos.

V. Determinación de los límites

En todo lo anterior se ha intentado justificar la existencia de unos límites al ejercicio de los derechos fundamentales. Pero, admitido el principio, ¿quién y cómo fija y establece esos límites? ¿Quién aprecia, por ejemplo, que un sujeto, al ejercer su derecho, está infringiendo la moral social y, en consecuencia, procede imponer fronteras a tal ejercicio? Parece evidente que esa misión ha de estar confiada a los jueces, en los casos de la moral social, el orden público y el bien común, porque como la posible infracción o abuso no afecta *directamente* a ninguna persona concreta, no es presumible que un particular tome la iniciativa; y también en el supuesto de lesión de otro derecho de un individuo, porque no es dable pensar que sea el perjudicado quien determine el perjuicio, del mismo modo que, tratándose de cualquier otro derecho, el presunto lesionado debe recurrir a los Tribunales.

Resulta, por tanto, que la determinación de los límites del ejercicio de los derechos fundamentales se resuelve, en la práctica, en una actuación de los jueces que necesariamente tiene que ser casuista puesto que son casos concretos sobre los que aquéllos tienen que pronunciarse; con lo que se corre el riesgo de que —en tanto no se consolide una cierta jurisprudencia— situaciones similares o incluso idénticas reciban tratamiento diferente, lo cual no es nada deseable en materia tan delicada como los derechos humanos.

Cabría pensar en buscar alguna objetivación llevando al texto constitucional el señalamiento de límites y algún caso hay en que eso se produce; por ejemplo, el art. 20 de nuestra Constitución, después de reconocer el derecho a la difusión del pensamiento, la libertad de cátedra y otros similares, puntualiza que «estas libertades tienen su límite en el respecto a los derechos reconocidos en este Título..., y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad,

a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Pero es lo cierto que esa formulación u otras similares siguen siendo tan genéricas que no excluyen —sino que incluso exigen— la actuación judicial ante cada caso concreto.

VI. Suspensión del ejercicio

Un caso específico de limitación es el de la *suspensión* del ejercicio de los derechos fundamentales, que significa una limitación generalizada y que afecta, por tanto, a todos los sujetos. Puede suceder que en determinados momentos de crisis o alteración grave de la convivencia social sea aconsejable dotar al poder de una mayor energía de modo que pueda adoptar medidas tajantes que no podría llevar a cabo estando vigentes ciertos derechos contradictorios con aquéllas, procediéndose a la suspensión de los mismos; por ejemplo, se suspende el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con lo que un agente de la autoridad puede penetrar en él sin necesidad de mandamiento judicial.

La suspensión está prevista en todas las legislaciones porque ciertamente puede llegar a ser necesario en algún momento recurrir a ella, pero en los países auténticamente democráticos la medida está rodeada de toda clase de precauciones y cautelas para evitar que el gobierno pueda hacer un uso abusivo de la misma. En primer lugar, no puede afectar a todos los derechos fundamentales; no se pueden suspender, por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a no sufrir torturas. Además, ha de ser temporal y sólo en el lapso mínimo necesario para restablecer la normalidad. Por último, las acciones que la autoridad realice durante la suspensión deben estar sometidas —aunque sea a *posteriori*— al control judicial o parlamentario [4].

VII. Garantía y tutela de los derechos fundamentales

El reconocimiento de los derechos fundamentales es hoy prácticamente universal y puede decirse que no hay Constitución que, con mayor o menor extensión, no los recoja en su articulado. Pero si ese reconocimiento es sincero, si hay un deseo efectivo de que los ciudadanos posean y ejerciten unos

[4] La Constitución española regula la suspensión de derechos y libertades en el art. 55, donde se puntualizan los que podrán ser objeto de la misma y sólo cuando se haya acordado la declaración del estado de excepción o de sitio, de los que trata el art. 116. Una peculiaridad de nuestro texto constitucional es la previsión de una ley orgánica por la que puedan ser suspendidos ciertos derechos a *personas determinadas,* aunque sólo «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (art. 55.2).

derechos y libertades frente al propio Estado, éste debe ofrecerles unas *garantías* reales que aseguren que aquel ejercicio es eficaz y que la declaración constitucional no queda en puro papel mojado. Todo Estado de derecho debe, por tanto, contar con normas claras y precisas que establezcan procedimientos utilizables por los ciudadanos cuando éstos estimen que determinadas actuaciones del poder han recortado o anulado sus derechos y libertades. Como acertadamente advierte el profesor PECES-BARBA, se esconde aquí una tremenda paradoja, pues «el individuo, para defenderse del Estado, o simplemente para afirmarse como tal, necesita del Estado y de sus normas».

Se plantea el tema de si deben reconocerse y garantizarse los derechos humanos incluso a quienes se valen de ellos para suprimir, precisamente, esos mismos derechos; es decir, «si debe haber libertad para los enemigos de la libertad». Sin salirnos de nuestra propia literatura, hallamos dos posiciones antagónicas: la de RECASÉNS, quien sostiene que «hay que prohibir y reprimir a toda costa que ningún individuo ni ningún grupo use sus libertades y derechos fundamentales para destruir las libertades y derechos del hombre». Frente a él, PECES-BARBA considera que «si se aceptase el planteamiento del profesor RECASÉNS, se dejaría un arma incontrolable en manos del poder político. ¿No sería un camino cómodo para destruir enemigos u opositores molestos atribuirles la intención de destruir la libertad?» [5].

En la línea de la primera de las tesis se halla la Declaración de la ONU de 1948 al establecer en su artículo 30 y último que «nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiera derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender o desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

Los sistemas de garantías son diversos y, tratándose de un tema eminentemente procesal, daremos aquí del mismo una noticia somera.

Normalmente, la protección y tutela de los derechos y libertades está encomendada a los Tribunales, que actuarán a instancia del presunto lesionado. La competencia puede atribuirse a los Tribunales ordinarios o a un órgano jurisdiccional específico para entender de la materia, como es el caso español a través del Tribunal Constitucional, al que los ciudadanos pueden acudir ejercitando el *recurso de amparo*; si bien el art. 53.2 de la Constitución prevé también la competencia de los Tribunales ordinarios en los casos que señala.

Existe también una protección de rango internacional: el *Tribunal Euro-*

[5] A nuestro juicio, esta segunda tesis adolece de pragmatismo: en el terreno ético –y el derecho se mueve en él–, una proposición es aceptable o rechazable según se adapte o no al criterio valorativo establecido. Pero no en atención a los resultados que su puesta en práctica puede producir; en consecuencia, se podría discutir si es válida o no la fórmula «no debe haber libertad para los enemigos de la libertad», pero lo que no es admisible es su rechazo sólo por temor de las derivaciones a que pueda dar lugar su aceptación.

peo de derechos del hombre (creado por la *Convención de Salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales,* firmada en Roma en 1950 y ratificada por España en 1979), ante el que pueden comparecer los ciudadanos de los Estados firmantes en queja frente al Estado propio cuando entiendan que éste ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Por último, puede considerarse también como un instrumento de garantía y tutela una institución hoy existente en muchos países y cuyo precedente está en la figura del *Ombudsman* sueco; en España se denomina *Defensor del Pueblo.* Es una institución no judicial que recibe las quejas de los particulares, pudiendo éstas referirse al ámbito de los derechos humanos. Pero como sus facultades son únicamente de investigación, carece de función ejecutiva, con lo que su condición de instrumento de tutela y garantía de los derechos y libertades es muy limitada.

LECCION XXXVI

LA POSITIVACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. Necesidad de la positivación

Si, conforme señalamos anteriormente, se entienden los derechos fundamentales como una realidad suprapositiva anterior al derecho positivo, la fórmula es válida, pero resultará utópica en el *terreno práctico.* En efecto, cuando en el capítulo anterior hablábamos de la garantía de estos derechos, decíamos que era necesario rodearlos de un eficaz sistema que asegure al individuo el ejercicio de los mismos y disponga los mecanismos procesales precisos para su defensa en el caso de que fueran violados o impedidos en su realización. Ahora bien, resulta evidente que ese sistema tutelar tiene que ser proporcionado por el derecho positivo, el cual determinará los modos y circunstancias en que el derecho o la libertad pueden ejercerse sin trabas, así como las fórmulas y procedimientos utilizables por el titular cuando así no fuera. Para lo cual resulta inexcusable que el propio ordenamiento comience por reconocer que tales derechos existen, formulándolos a través de sus normas.

Se entiende, pues, por positivación el *proceso por el que los derechos fundamentales son recogidos y formulados por las normas positivas, haciendo así posible su ejercicio eficaz.*

Esta definición ha de explicitarse en tres cuestiones separadas, a las que dedicamos las páginas que siguen: de un lado, las posibles interpretaciones de la positivación o, si se quiere, el papel o función exacta que desempeña la misma respecto de aquellos derechos; de otro, los diferentes modos por los que se realiza la positivación; y, finalmente, la manera concreta en que la positivación se ha ido manifestando a lo largo del proceso histórico.

II. Interpretaciones de la positivación

Según el profesor Pérez-Luño, el autor que más extensamente ha tratado el tema de la positivación de los derechos fundamentales, son tres las posibles interpretaciones de la misma, de acuerdo con las ideas que se profesen en cuanto a la fundamentación de aquéllos, cuestión que abordamos en el capítulo XXXIV: la tesis iusnaturalista, la positivista y la realista.

A) Para una *postura iusnaturalista*, el hecho de la positivación no tiene otro sentido que el término de un proceso lógico: los derechos humanos sólo pueden ejercitarse de modo normal si están recogidos en unas normas jurídicas, pues únicamente así puede el sujeto hacer un planteamiento procesal ante los Tribunales, recabando de ellos la protección adecuada. Luego la positivación nada añade esencialmente a unos derechos ya existentes, como no sea el hecho de su reconocimiento por las normas positivas, lo cual les permite entrar dentro del sistema de garantías que éstas establecen. Como afirma Pérez-Luño, «la positivación de los derechos fundamentales se presenta bajo esta óptica como el reconocimiento formal por parte del Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan en normas positivas para mejor garantía de su protección».

B) La *posición positivista* es radicalmente contraria. Para ella, la positivación no tiene una *función meramente declarativa*, como quieren las tesis iusnaturalistas, sino una *función constitutiva:* los derechos fundamentales sólo existen en tanto en cuanto aparecen recogidos en las normas positivas, siendo una pura utopía pensar en una previa existencia de los mismos en igual medida que es utópica la creencia en un orden jurídico que no sea el positivo. Si un derecho fundamental no está formulado normativamente no es nada, ya que el titular de ese presunto derecho previo ni puede alegarlo ante los Tribunales, ni esgrimirlo ante el poder ni lucrarse del sistema de garantías que el orden jurídico positivo ofrece. Los derechos humanos, por consiguiente, son *creación* de la norma jurídica, con el corolario, añadimos nosotros, de que los hombres no podrán contar con más derechos fundamentales que los que figuren como tales en la Constitución o en otros medios de positivación previstos por el ordenamiento del país.

C) La *actitud realista*, que, como dice Pérez-Luño, «puede considerarse estrechamente vinculada al movimiento socialista», entiende la positivación como un paso necesario para el efectivo disfrute de los derechos fundamentales, los cuales, ni proceden de instancias metafísicas, de acuerdo con el iusnaturalismo, ni son tampoco producto de la norma jurídica, como sostiene la posición positivista: las condiciones socioeconómicas de cada momento histórico (adviértase la clara huella marxista) serán las que aconsejen la positivación, a través del ordenamiento, de los derechos fundamentales, de modo que aquélla no se producirá con arreglo a unos cánones predetermina-

dos –con lo que el proceso de positivación sería muy semejante en todas las sociedades– sino que dependerá en cada una y en cada momento histórico de las mencionadas condiciones económicas y sociales, a las que los derechos en cuestión quedan, por tanto, estrechamente vinculados; se trata, en definitiva, de una aplicación de la tesis marxista del «análisis concreto de la realidad concreta». Con todo ello, la positivación se transforma en una cuestión política y no filosófica, como en la posición iusnaturalista, ni jurídica, como en la positivista. Por lo demás, la actitud realista pone especial énfasis –como hemos visto anteriormente– en las garantías jurídicas que el ordenamiento debe establecer para el ejercicio eficaz de los derechos humanos.

A la vista de estas tres formulaciones, estima PÉREZ-LUÑO que, en el orden práctico, «se condicionan mutuamente, siendo todas ellas necesarias para el desarrollo positivo de los derechos fundamentales», por lo que «el problema de la positivación... no dejará de mostrar la coimplicación existente entre estas tres perspectivas».

III. LOS MODOS TÉCNICOS DE LA POSITIVACION Y SU CRITICA

Hasta ahora hemos venido refiriéndonos a la Constitución como el texto legal específicamente apto para positivar los derechos fundamentales y, en efecto, ese es el procedimiento técnico usual; pero cabe también que desde otras instancias se formalicen derechos y libertades, con lo que la Constitución pierde esa exclusividad. Examinamos a continuación, siguiendo el orden del amplio estudio de PÉREZ-LUÑO, los diversos medios técnicos de positivación.

Las Constituciones comienzan a aparecer, como es sabido, en el último cuarto del siglo XVIII y desde el principio suelen recoger los derechos fundamentales –a los que los textos de la época designaban siempre como «derechos humanos» o «derechos naturales»–, pues se pensaba que, siendo la Constitución expresión de la voluntad popular, no hay lugar más adecuado para la proclamación de unos derechos y libertades que van a afectar a los ciudadanos. La primera Constitución– la de los Estados Unidos, de 1787– no contiene referencias a los derechos humanos (salvo una breve referencia al *habeas corpus*, en la sección 9.ª del artículo primero), en claro contraste, por cierto, con otros dos textos anteriores igualmente norteamericanos, la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia y la Declaración de independencia de los Estados Unidos*, ambas de 1776; si bien la mayoría de las «enmiendas» que paulatinamente se han ido incorporando al texto constitucional se refieren, en cambio, a esta materia. Fue la primera Constitución francesa –la revolucionaria de 1791– la que inauguró el sistema de enunciar los derechos y libertades, transcribiendo como Preámbulo la Declaración

de 1789; a partir de entonces, como antes se dijo, las Constituciones han sido el medio más generalizado de positivación [1].

Una segunda posibilidad de positivación está en la *Declaración universal de derechos humanos*, de 1948, que es la única Declaración supraestatal con carácter universal (otras, como la *Convención de Roma*, de 1950, que dio origen al Consejo de Europa, o la *Declaración americana* de Bogotá, de 1948, tienen sólo alcance continental). La Declaración de la ONU representa, pues, la expresión del deseo de todos los pueblos de reconocer y tutelar una serie de derechos y libertades con el carácter de fundamentales. Ahora bien, plantéase el problema de si esta Declaración constituye, en efecto, una positivación normativa de los derechos humanos o si, por el contrario, se trata sólo de simples formulaciones programáticas, meras aspiraciones que no tendrán, por consiguiente, fuerza vinculante ni serán vehículo de una auténtica positivación [2].

Problemas especialmente espinosos plantea la positivación a través del *poder legislativo*. No es infrecuente, en efecto, que las Constituciones —como antes se apuntó— enuncien determinados derechos y libertades, pero quedando su texto en simple y escueta formulación de los mismos, de manera que son necesarias una leyes, a las que la propia Constitución remite, en las que se fijarán y concretarán los derechos enunciados, señalándose su ámbito y contenido y los límites de su ejercicio. El grado de esta especie de delegación del poder constituyente en el legislativo es variable, desde Constituciones que no dejan a éste más tarea que la del puro desarrollo de los preceptos constitucionales hasta otras más laxas —como es el caso de la española— en que abundan las remisiones a futuras leyes, ampliándose así notablemente la función positivadora del legislativo.

Lo cual es, por lo menos, arriesgado; y no nos referimos tan sólo al su-

---

[1] Caben diferentes procedimientos. Unas veces, los derechos se proclaman en el Preámbulo mientras que en otras ocasiones se insertan dentro del articulado; la primera fórmula ha suscitado la duda en algunos autores de si los Preámbulos tienen o no valor normativo, pues si no lo tuvieran no se alcanzaría la positivación de los derechos incluidos en ellos. Desde otro punto de vista, los derechos y libertades, o bien están regulados en el propio texto constitucional o bien éste se limita a enunciarlos encomendando a una futura ley la regulación del alcance de su contenido y ejercicio, dando así paso a la positivación por el poder legislativo, a la que luego nos referimos; pudiendo una Constitución —es el caso de la española— recurrir simultáneamente a uno y otro procedimiento.

[2] La duda nace del hecho de que los acuerdos de la Asamblea General de la ONU no tienen, como es sabido, carácter de normas obligatorias para los Estado miembros, ya que se trata de meras «recomendaciones» (y la *Declaración* fue aprobada por la Asamblea General en su sesión del 10 de diciembre de 1948); es claro, sin embargo, que todos los Estados están moralmente obligados a seguir las inspiraciones de la *Declaración* y ajustar a ella su legislación interna. Y no faltan autores que le reconocen una condición auténticamente jurídica; el profesor TRUYOL, por ejemplo, afirma que «la *Declaración* es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU, y, como tal, fuente de un «derecho superior», un *higher law* cuyos principios no pueden desconocer sus miembros.

puesto de sistemas sedicentemente democráticos, donde las Cámaras legislativas son instrumentos dóciles al poder, sino incluso en democracias reales. Si la Constitución se ciñe a grandes enunciados, es claro que en el desarrollo de los mismos el legislativo tiene ante sí un amplio campo de acción, en el que puede llegar a distorsionar (toda interpretación puede justificarse) el sentido de derechos y libertades reconocidos por aquélla. Por este camino, el poder legislativo puede convertirse en auténtico *creador* de derechos y libertades, bastándole, para justificar su actuación, con alegar la sumisión –muchas veces meramente formal– a las vagas declaraciones constitucionales. Y téngase en cuenta además que en las democracias parlamentarias el poder legislativo está en manos, a la postre, de la mayoría de turno, con lo que algo tan importante como la positivación de los derechos y libertades queda pendiente de las modificaciones que puedan producirse en la vida política del país.

No menos recelo despierta la positivación efectuada por el *poder ejecutivo*, cuando la Administración, a través de normas –que ya no son leyes, aunque subordinadas a ellas– delimita, puntualiza, regula el ejercicio de este o aquel derecho. No dudamos que esta actividad reglamentaria sea necesaria, pero es forzoso reconocer que un abuso de la misma puede desviar de modo esencial la intención y naturaleza del derecho o libertad sobre el que se aplique, invadiendo esferas que por sí corresponden al poder legislativo cuando no violentando el espíritu de la propia Constitución al dar a los derechos un sentido que acaso no estuvo en la mente del poder constituyente [3].

La función positivadora del ejecutivo es, como antes decíamos, necesaria, pero los riesgos que comporta exigen que esté rodeada de toda suerte de cautelas y perfectamente delimitada su área de actuación, de modo que, por un lado, no invada competencias del legislativo y, por otro, quede sometida al control de los Tribunales, ante los que los ciudadanos puedan acudir para contrastar –y, en su caso, enmendar– posibles extralimitaciones de la Administración. En una palabra, que se respete y funcione la vieja doctrina de la separación de poderes como máxima garantía de una convivencia social justa.

---

[3] De ahí el énfasis que la tradición liberal del siglo XIX puso en la doctrina de la separación de poderes, enunciada por MONTESQUIEU –«cuando el poder legislativo está unido al ejecutivo en la misma persona o en la misma institución, no hay libertad», escribió en *L'esprit des lois*– y que fue recogida de modo palmario, dándole rango de elemento esencial del sistema constitucional, por los revolucionarios franceses de 1789, que formularon en el artículo 16 de la *Declaración* este rotundo aserto: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». El pensamiento político de línea marxista, en cambio, ha visto siempre con cierto desdén la doctrina de la separación de poderes, que interpreta como un instrumento utilizado por el Estado burgués para aparentar falazmente que el ejecutivo está controlado y no puede nunca ser arbitrario, con lo que queda justificado en sus actos de opresión del proletariado.

El *poder judicial* puede tener también función positivadora de los derechos fundamentales, aunque en menor medida que las instancias anteriores, cuando se atribuye a los Tribunales la posibilidad de interpretar al alcance y contenido de aquéllos en los puntos en que el texto constitucional o las leyes que lo desarrollen adolezcan de imprecisiones o lagunas. En los sistemas de tradición anglosajona esta función reviste especial relevancia por cuanto en ellos se encomienda a los Tribunales en general y por la eficacia vinculante que los precedentes judiciales tienen en dichos sistemas jurídicos. Entre nosotros, la importancia de los jueces no está tanto en la creación cuanto en la tutela de los derechos y libertades, que se atribuyen incluso a los Tribunales ordinarios respecto de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución (artículo 53.1 de la misma) y, en general, al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, como quedó ya señalado anteriormente.

IV. Proceso histórico de la positivación

Hoy, declinando el siglo xx, puede afirmarse que los derechos humanos están plenamente asentados en la conciencia de la Humanidad, y esta universal convicción ejerce una presión constante sobre los Estados que favorece la decisión de éstos de reconocer y positivar unos derechos y libertades de los que ya los hombres no sabrían prescindir. Con todos los fallos que en la práctica puedan darse –y se dan, desgraciadamente–, los ordenamientos jurídicos en todo el mundo incorporan a sus normas esos logros de la dura lucha de los hombres por su libertad.

Pero ese panorama halagüeño que nos es dado contemplar en nuestra época no puede entenderse bien más que considerándolo como punto de arribada –no terminal, como luego veremos– de un proceso histórico en que la positivación ha ido extendiéndose paulatinamente cubriendo áreas humanas cada vez más amplias. Por otra parte, el repertorio de derechos y libertades que hoy se abre ante nuestros ojos no ha surgido de una vez, sino que se ha ido conformando mediante la incorporación sucesiva de diferentes clases de derechos al compás de las circunstancias históricas. De ambos aspectos del proceso de positivación nos ocupamos en lo que sigue.

1. Progresiva extensión de los derechos y libertades

En el curso diacrónico de los derechos humanos suele hablarse de una «historia» y de una «prehistoria». Esta comprendería una etapa en la que lo que hoy llamamos derechos humanos no han aparecido todavía con la confi-

guración que en la actualidad tienen, pero lo cierto es que, en este caso como en todos, la historia no puede explicarse sin sus precedentes. De ellos, pues, hemos de partir para describir los tres momentos sucesivos de *generalización, universalización e internacionalización* por los que han pasado los derechos humanos.

Durante la Edad media, según vimos páginas atrás, los precedentes de los actuales derechos fundamentales están constituidos por *privilegios* o concesiones que los monarcas hacen, con la particularidad de que se establecen a favor de los habitantes de ciudades o villas concretas o bien de los miembros de estamentos sociales determinados. Es decir, los privilegios se otorgan con criterio particularizador y en beneficio de personas concretas, quedando excluido de ellos el resto del componente social. Este estado de cosas es lo que ofrece la «prehistoria».

Pues bien, el comienzo de la «historia» está marcado por el primer hito del proceso de extensión: la *generalización* de las concesiones reales a todo el cuerpo social; entiéndase esto bien: nos referimos al «cuerpo social» no como la totalidad de la población pues todavía –hablamos del siglo XVII– existen grupos marginados que, como tal, no llegan a disfrutar de los derechos concedidos. Pero se ha dado un paso importante: en los documentos ingleses de la época ya se habla de «los ingleses» o de «los habitantes de este reino».

No es una casualidad que la generalización se produzca precisamente en aquellas islas, pues la institución parlamentaria está allí plenamente afincada en aquel siglo; es el Parlamento el que discute, y a menudo forcejea, con el rey, y como aquél encarna la representación de todo el pueblo, éste será el beneficiario de los logros que se alcancen en la conquista de las libertades [4].

El segundo momento del proceso es el de la *universalización*, que coincide con la aparición de las «Declaraciones de derechos», comenzando por la de Virginia, a la que sigue la francesa de 1789 y, tras ella, todo el movimiento constitucional. En todos estos documentos, el reconocimiento de los derechos y libertades (ya no son privilegios ni concesiones) se hace atribuyéndolos a «todos los hombres», es decir, más allá de los límites del Estado que hace el reconocimiento. La causa de este progresivo cambio de actitud está, sin duda, en el influjo que sobre los doctrinarios del siglo XVIII, autores de las Declaraciones, hubo de producir el iusnaturalismo racionalista, que proclama la existencia, no sólo de un «derecho natural» entonamiento conectado con la naturaleza humana –y, por consiguiente, dotado de universalidad– si-

[4] Ejemplo típico de esta etapa puede ser la *Declaration of rights* (1689), en la que se lee: «Considerando que los lores espirituales y temporales y los comunes, reunidos en Westminster, *representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este reino...*»; y más adelante: «los dichos lores espirituales y temporales y los comunes, de acuerdo con sus respectivas cartas y elecciones, estando ahora reunidos *en representación libre y completa de la nación...*».

no también de unos derechos de que todos los hombres eran titulares en el *status naturalis* [5].

Hay que reconocer, sin embargo, que, pese a la universalización, no se correspondieron siempre las enfáticas proclamaciones de los textos con la realidad vivida. Piénsese, por ejemplo, lo que tardó en admitirse el voto femenino o que, en la mayoría de los países, rigió durante el siglo XIX el sistema del «sufragio censatario» que sólo otorgaba derecho a participar en los comicios a quienes disfrutaran de una renta superior a un determinado límite. La propia esclavitud no fue abolida totalmente sino bien entrada la centuria pasada.

Ha sido nuestro siglo el que ha culminado el proceso con la *internacionalización* de los derechos humanos, mediante la Declaración de la ONU de 1948 y los Pactos subsiguientes. Obsérvese que en esta etapa no se produce una extensión de los derechos a todos los hombres, lo que ya se había conseguido en el momento anterior; su importancia está en que, por primera vez, una Declaración es expresión de la conciencia universal y formulada por un organismo que acoge a todas las naciones: lo que antes se decía «desde el Estado» se afirma ahora «desde fuera del Estado», con el refuerzo que supone el consenso de la práctica totalidad de los países del mundo [6].

2. Incorporación sucesiva de las distintas clases de derechos

Como antes se indicó, los derechos y libertades que actualmente suelen expresarse en las Constituciones no han sido positivados de un modo simultáneo, sino que su incorporación a los textos jurídicos ha seguido un proceso en el que han ido apareciendo sucesivamente los tres bloques de derechos en que se acostumbra a catalogar éstos: los derechos *civiles*, los *políticos* y los *económico-sociales y culturales*.

A) Los *derechos civiles* son aquellos que afectan de modo más directo a la persona en cuanto se refieren a sus aspectos más íntimos; se cuentan entre

[5] Paradigmático ejemplo de esta etapa lo constituye la bella y expresiva redacción del parágrafo I de la Declaración de Virginia: «Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad». La universalización queda patente en las expresiones utilizadas por las Declaraciones y Constituciones posteriores al hacer la atribución de derechos y libertades: «toda persona», «todo hombre», «los hombres», etc.

[6] También han contribuido a la internacionalización, aunque de forma limitada en cuanto que se refieren a zonas geográficas concretas, dos documentos que ya anteriormente se han mencionado; la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (Bogotá, 1948), y la *Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* (Roma, 1950).

ellos, como más importantes, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la libre profesión de una religión, a la inviolabilidad del domicilio, etc. Teniendo en cuenta la naturaleza de estos derechos, resulta lógica su prioridad en la positivación, ya que lo primero que el hombre siente necesidad de garantizar es la esfera en la que se mueve su personalidad más esencial: la propia existencia, el ámbito de la conciencia, su patrimonio y su habitación; pero también ayudaron las circunstancias históricas.

El derecho a la vida no requirió una consagración formal ya que la existencia humana ha tenido en todo momento una protección penal, que se encuentra ya en los ordenamientos más antiguos; y algo parecido hay que decir respecto del derecho a la propiedad, ya que ésta es una institución jurídica que ha existido siempre y ha contado de modo inveterado con la protección normativa. En cuanto a los derechos que se mueven en el área de la conciencia, surgieron como consecuencia del fraccionamiento de la unidad religiosa operada en el siglo XVI por la Reforma protestante y la escisión de la Iglesia de Inglaterra. Cuando en un territorio gobernaba un monarca o príncipe que profesaba una religión, fuera la reformada o la fiel a Roma, la situación de los súbditos que no tenían ese mismo credo religioso resultaba por lo menos incómoda, pues veían en peligro no sólo la práctica de sus creencias, sino hasta su propia seguridad personal —recuérdense las cruentas guerras religiosas de Centroeuropa y las persecuciones en uno y otro sentido, según el monarca de turno, habidas en Inglaterra—, por lo que la primera preocupación fue la de obtener del poder el reconocimiento de unos derechos que iban a asegurar la libertad de profesión religiosa y de culto, reconocimiento que no se produjo siempre ni pronto.

La proclamación plena y solemne de los derechos civiles acontece al redactarse las primeras Declaraciones; la de Virginia, por ejemplo, según antes transcribimos, no puede ser más explícita: «los hombres... tienen ciertos derechos innatos... a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad». No menos concreta es la Declaración francesa de 1793, que encabeza la primera Constitución republicana, en la que se enumeran como «derechos naturales e imprescriptibles... la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad».

B) Logrado el reconocimiento de los derechos civiles, las aspiraciones se enderezan hacia los *políticos*, que son aquellos que se refieren en general a la intervención del ciudadano en la vida pública, tales como el derecho al sufragio, a participar en el gobierno, a vigilar la actividad del poder, al control de los impuestos, a la libertad de asociación y de reunión, a la expresión libre y pública de las ideas, etc.

La positivación de estos derechos y libertades se produce por vía consti-

tucional a lo largo del siglo XIX, centuria que, en este aspecto, se caracteriza por una constante preocupación por el perfeccionamiento de las instituciones democráticas y por el juego de garantías requerido para conseguir un equilibrio entre el poder y los ciudadanos.

C) Una vez incorporados a las Constituciones los derechos políticos, que se suman a los civiles, ya existentes, quedaba satisfecho el principio de la libertad, pero no estaba desarrollado el principio de *igualdad*, proclamado, sí, en las Declaraciones y en los textos constitucionales, pero que no había pasado de esta consagración puramente formal y, por tanto, teórica. Hasta ese momento estaban asegurados los derechos a la vida, a la propiedad, a la seguridad y a la libertad, es decir, los clásicos derechos de la burguesía, pero en la sociedad constituida sobre esos pilares persistían unas irritantes desigualdades «reales» entre los poseedores de la riqueza y la gran masa proletaria que aportaba el trabajo. No servía de nada que se asegurase al proletariado de modo grandilocuente la igualdad de todos si los desniveles económicos hacían imposible la efectiva paridad en las relaciones entre capital y trabajo, en las que quedaba también comprometida la libertad de los menos favorecidos.

Durante el siglo XIX, y especialmente en su segunda mitad —el *Manifiesto comunista* es de 1848—, el proletariado va adquiriendo conciencia de clase y presenta sus reivindicaciones: ya están asegurados los derechos del individuo como tal y toca ahora contemplar los derechos del hombre en cuanto miembro de una sociedad, derechos que habrán de garantizar la participación igual de todos en los beneficios que comporta la propia vida social, en las aportaciones y realizaciones del Estado, en los bienes comunitarios. Nacen así los *derechos económico-sociales*, a los que se añaden, ya en nuestro siglo y de modo patente a partir del término de la II Guerra Mundial, los *derechos culturales*, que aseguran el acceso de todos, en igualdad de condiciones, al mundo de la educación y a los productos culturales. Sólo a título de ejemplos, porque este bloque de derechos es amplio, citaremos el derecho al trabajo, a su remuneración digna, a la seguridad e higiene en el mismo, a la seguridad social, a la huelga, a la sindicación, al descanso, a la igualdad de oportunidades en el acceso a los distintos niveles de enseñanza, a la libre investigación, a participar en la vida cultural, etc. [7]

[7] Los derechos económico-sociales y culturales tienen hoy un extenso reconocimiento así en las Constituciones como en las Declaraciones supraestatales y en los Pactos a que éstas han dado lugar. Sin embargo, la incorporación de los mismos a los textos constitucionales se ha realizado en ocasiones con escasa preocupación técnica, procediéndose a una simple yuxtaposición sobre los derechos individuales ya existentes, con lo que entre unos y otros surgen inevitables colisiones y antagonismos. Lo lógico hubiera sido ensamblarlos y armonizarlos entre sí; no se puede, por ejemplo, reconocer unos derechos económicos del trabajador si a la vez no se modula y se flexibiliza el derecho a la propiedad.

V. Los derechos de la «cuarta generación» y su posible positivación

Con la expresión «derechos de cuarta generación» se suele aludir a algunos derechos fundamentales que, tras las especies de civiles, políticos y económico-sociales y culturales (de ahí que se hable de «cuarta» generación), están apareciendo en nuestros días como consecuencia del advenimiento de nuevas realidades sociales y científicas, de nuevos modos de vida que afectan o pueden afectar al hombre de manera radical, hasta el punto de generar derechos nuevos con el carácter de fundamentales.

El profesor Del Vecchio, en un artículo publicado hace ya años, reflexionaba acerca del fenómeno de la concentración poblacional en las ciudades, que provoca un hacinamiento en el que los hombres quedan obligados a una continua convivencia masiva. Pero como el hombre necesita en ocasiones estar solo, puede llegar el momento en que el disfrute, aunque sea temporal, de esa soledad no conseguida sea una necesidad tan apremiante que genere un nuevo derecho natural, el que él llama *diritto alla solitudine*. También hoy cabe buscar ejemplos en otras áreas. Así, los avances estremecedores alcanzados en el campo de la biogenética han hecho ya posible la manipulación de los factores hereditarios; si la práctica se extiende, ¿no cabría empezar a pensar en el derecho fundamental a la intangibilidad de la dotación genética personal? ¿No es cierto, en otro orden de cosas, que los progresos de la informática y de los medios de comunicación a distancia pueden dejar inoperante el actual derecho a la intimidad y haya de ser sustituido por otro más eficaz en consonancia con esos progresos?

Desde el punto de vista fáctico, parece innegable que tales derechos se imponen pero, en el terreno teórico, ¿cabe hablar de que surjan nuevos derechos fundamentales? Partiendo de la postura positivista no existe problema: si los derechos fundamentales nacen de la norma, bastará que ésta los incluya como tales y con ello quedarán constituidos. Desde la tesis iusnaturalista el tema puede parecer más complicado, ya que al entenderse que esos derechos se asientan en la naturaleza del hombre, la aparición de uno nuevo pudiera considerarse como la manifestación de que se ha producido una mutación en dicha naturaleza. Pero no es ese el punto de vista con que hay que afrontar la cuestión. Los derechos fundamentales responden a exigencias o necesidades de la naturaleza humana, pero es claro que esas exigencias lo son frente al medio en que el hombre se mueve, de manera que la variación de éste puede hacer brotar una necesidad que no se experimentaba en las circunstancias anteriores, dando así lugar a un nuevo derecho cuya positivación hará posible su eficaz ejercicio.

La posibilidad, pues, existe. Lo que sucede es que en aquellas Constituciones que contienen una lista «cerrada» de derechos fundamentales la incorporación de uno nuevo implica nada menos que la modificación de la

Ley fundamental. Ese es el caso de la Constitución española, la cual, además, dificulta enormemente tal modificación pues dispone (art. 168) que cuando se proponga una revisión del texto constitucional que afecte a los derechos fundamentales, si la propuesta es aprobada por ambas Cámaras se procederá a la disolución de las Cortes, sometiéndose a referéndum el texto que apruebe el nuevo Parlamento. Es fácilmente previsible que, siendo tan serias las consecuencias, no se intente nunca proceder a la inclusión de nuevos derechos fundamentales.

Es verdad que, como ya se ha visto, caben otros procedimientos de positivación (a través del poder legislativo, ejecutivo y judicial), pero ya dijimos al examinarlos que dichos poderes, obrando rectamente, deben limitarse en este punto a desarrollar y regular el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, de modo que sigue gravitando sobre ella, de modo primordial, la posibilidad de incorporación de nuevos derechos.